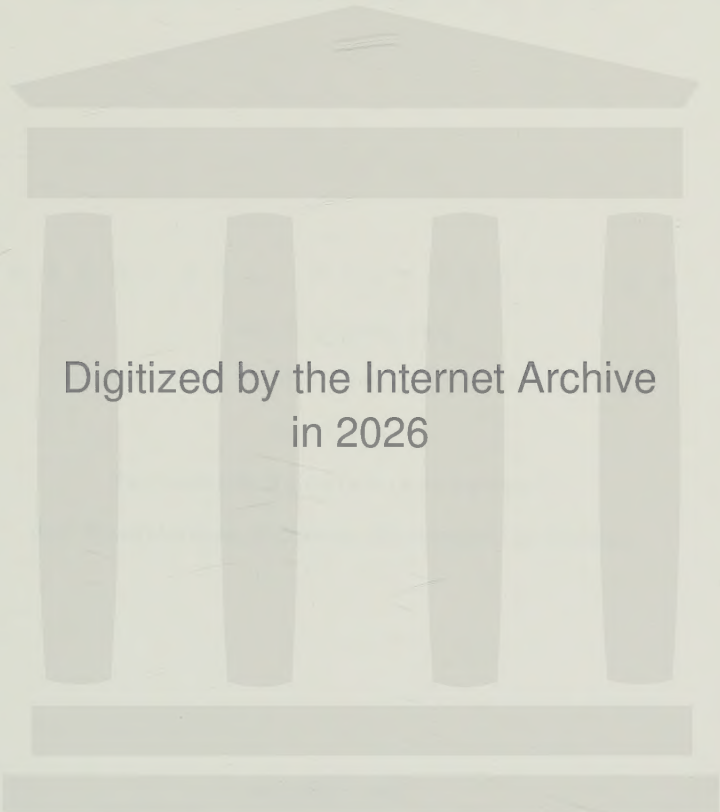
Wolfgang Kühn

DAS PRINZIP DER ALLZUSTÄNDIGKEIT DER GEMEINDEN

Eine organisationssoziologische, staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung zu Art. 28 GG

1970

1971


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0033

DAS PRINZIP DER ALLZUSTÄNDIGKEIT DER GEMEINDEN

Eine organisationssoziologische, staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung zu Art. 28 GG

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch den

Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Referendar Wolfgang Kühn

aus Zagreb/Jugoslawien

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Menger
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Pagenkopf
Dekan:	Prof. Dr. Uber
Tag der mündlichen Prüfung:	6. 11. 1970

Inhaltsübersicht

	Seite
Literaturverzeichnis	
Einleitung	1
Teil A.	
Die Lage der kommunalen Selbstverwaltung	2
I. Die Zuständigkeit als ein Grundbegriff des Organisationsrechts	2
1. Art. 28 II GG als Zuständigkeitsverteilungsnorm	2
2. Die örtliche Zuständigkeit	5
3. Die sachliche Zuständigkeit	5
II. Allzuständigkeit und Verfassungsgarantie	6
1. Die Ausfüllung der neutralen Zuständigkeitszuordnung	6
2. Art. 28 II GG	7
3. Art. 28 II GG und die Landesverfassungen	8
III. Die Begrenzung der Allzuständigkeit	10
1. Die Zuständigkeit der Gemeinde	10
a) In England	10
b) In den Vereinigten Staaten von Amerika	10
c) In Deutschland	11
2. Der Aufgabenumfang	12
3. Die Beschränkung wichtiger Gemeindehoheiten	16
4. Der Eingriff in die Allzuständigkeit durch die staatliche Aufsicht	18
a) Die allgemeine Kommunalaufsicht	18
b) Die Fachaufsicht	19
c) Der Genehmigungsvorbehalt	22

Seite

5. Die Einschränkung der Allzuständigkeit durch die Zuständigkeit des Kreises 25

a) Kriterien für eine Zuständigkeitsabgrenzung 25

b) Die Kriterien des OVG Münster 25

c) Besondere Abgrenzungsprobleme 28

6. Die Begrenzung der Allzuständigkeit durch die Leistungsschwäche der Gemeinden 29

IV. Die Allzuständigkeit im Rahmen der Gesetze 30

V. Der Kernbereich der Selbstverwaltung 33

1. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung 33

2. Der Rechtsgrund für die Wesensgehaltsgarantie 34

3. Die Subtraktionsmethode 35

4. Der Wesensgehaltsschutz durch das Übermaßverbot 37

a) Das Erforderlichkeitsgebot 38

b) Anforderungen an die Erforderlichkeit 41

c) Insbesondere die Gemeinwohlkontrolle 42

5. Anmerkung zum unbefriedigenden Ergebnis der Rechtsprechung 44

6. Der Wesensgehalt als das Essentiale der Institution 46

a) Die Formulierung einer Abgrenzungsformel 46

b) Die methodischen und rechtstheoretischen Grundlagen 48

7. Der Wesensgehalt als das Typische des jeweiligen Normenkomplexes 49

8. Die funktionale Bestimmung des Wesensgehaltes der Selbstverwaltung 52

VI. Die Beschränkung auf den historischen Selbstverwaltungsbegriff 54

Seite

Teil B.

Die nähere Untersuchung der Aufgabenzuständigkeit 59

I. Die Entscheidungszuständigkeit 61

1. Zentralisierungs- oder Dezentralisierungsprozesse als Verlagerung von Teilzuständigkeiten 61

2. Die drei Teilzuständigkeiten: Gestaltung, Vollzug, Finanzierung 64

3. Die Differenzierung der Staatstätigkeit durch eine Strukturbetrachtung 64

a) Legislative, Exekutive, Judikative 64

b) Politik und Verwaltung 65

c) Regierung und Verwaltung 66

4. Die Staatstätigkeit als Entscheidungshandeln 67

5. Die Abstufung der Entscheidungshierarchie 68

a) Das Kriterium: Der Grad der Programmkonkretisierung in Richtung auf die Einzelaufgabe 68

b) Das Problem der Gleichartigkeit des Entscheidungshandelns 70

c) Das Hilfsmittel: Die unterschiedliche Programmierung 71

aa) Das Zweckprogramm 71
bb) Das Konditionalprogramm 72
cc) Gestaltung/Vollzug - Zweckprogramm/Konditionalprogramm 74

6. Zwischenergebnis 75

II. Die Untersuchung des gemeindlichen Entscheidungshandelns 75

1. Empirische Untersuchungen 75

2. Die Justizförmigkeit der Verwaltung 76

3. Die Entscheidungsfreiheit 77

a) Bei der Tatbestandsauslegung 77

b) Bei der Ermessensentscheidung 79

Seite

III. Systeme mit weitgehender Zweckprogrammierung 81

1. Die Unternehmung 81
2. Die Verwaltung kommunistischer Staaten 83
3. Die Verwaltung im Polizeistaat 84

IV. Die Entscheidungsprogrammierung im Rechtsstaat 85

1. Die Unternehmensrationalität 86
2. Die Verwaltungsrationalität 87

a) Die Rationalisierung zugunsten der System/Umwelt-Grenze 87
b) Die Zweckidee des Staates 88
c) Die Zweckidee des Rechtsstaates 88
d) Rechtsstaatlichkeit und Programmierung 89
e) Sozialstaatliche Momente 93

V. Zwischenergebnis 94

VI. Die Finanzierungszuständigkeit 96

1. Die Ausstrahlung der Finanzierungszuständigkeit auf Gestaltung und Vollzug 96
2. Die eigenen kommunalen Steuerquellen 99
3. Die Finanzhoheit 99

a) Der Umfang der Finanzierungszuständigkeit 99
b) Die Steuerung der Gemeinden durch Finanzzuweisungen 103

4. Die Verschiebung der Verwaltungszuständigkeiten durch Ausuferung der Finanzierungszuständigkeiten 104
5. Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Verlagerung der Finanzierungszuständigkeit 106

a) Die staatlichen Dotationen 107
b) Die Finanzgarantie 109

6. Die Fondsverwaltung gegenüber dem Bürger 111
7. Die verwaltungsinterne Fondsverwaltung zwischen Land und Gemeinde 112
8. Die Abwehr gegen eine Dotationsaufsicht 117

Seite

a) Die Anfechtungsklage 119

b) Die Verpflichtungsklage 119

aa) Der Anspruch 119
bb) Die Zahlungspflicht aus dem Sozialstaatsprinzip 120
cc) Die Zahlungspflicht aus dem Subsidiaritätsprinzip 120
dd) Ein Anspruch auf Dotation aus dem Gleichheitssatz 123

9. Zwischenergebnis 125

Teil C.

Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz 127

I. Der Träger der Selbstverwaltungsgarantie 128

1. Die örtliche Gemeinschaft 128

2. Die Gemeinde im soziologischen Sinn 129

3. Die soziologische Gemeinde und die Gemeindeverwaltung 130

II. Die Selbstverwaltung als funktionaler Strukturtyp 134

1. Definitionen des Selbstverwaltungsbegriffes 134

2. Der Strukturtypus der Selbstverwaltung 137

3. Die Bezugspunkte einer Strukturbetrachtung 138

a) Die Systemtheorie als Grundlage der Untersuchung 138

b) Die Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung - ein Beispiel verfehlter Strukturbetrachtung 138

c) Die Bezugspunkte der Selbstverwaltungsstruktur: Das Organisationsziel und die Umweltsituation 141

Seite

III. Die Legitimation der Selbstverwaltung 143

1. Die Integration als politisches Ziel 144

a) Die Integrationsthesen der Literatur 144

b) Das Selbstverwaltungsrecht als Recht aus besonderer Betroffenheit 146

aa) Die Abgrenzung zu den Freiheitsrechten 148

bb) Die Abgrenzung gegenüber einer grundrechtsähnlichen Bewertung der Selbstverwaltung 149

cc) Die Abgrenzung gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip 150

dd) Die Berücksichtigung der Forderung nach Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse 151

ee) Zwischenergebnis 153

c) Die besondere Problemlage der Umwelt und die Verwaltungsstruktur 153

d) Die besondere Problemlage der örtlichen Gemeinschaft 155

aa) Die örtliche Gemeinschaft als Gemeinschaft gemeinsamer Funktionserfüllung 155

bb) Die historische Funktionserfüllung 156

cc) Die gesellschaftliche Verflechtung 157

dd) Die Wiederherstellung des einheitlichen Lebensraumes 158

e) Gesellschaftliche Verflechtung und Selbstverwaltungsgedanke 159

f) Das Territorialprinzip 161

g) Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz 165

h) Das Territorialprinzip und der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz 166

aa) Interkommunale Verbände und Sondergemeinden 168

bb) Die Selbstverwaltungseinheit 170

cc) Der funktional verbundene Kleinlebensraum 172

dd) Die kommunale Verflechtung 174

i) Zwischenergebnis 175

Seite

2. Die Gewaltenteilung als Teil des Rechtsstaatsgedankens 177

a) Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung als Teil einer umfassenden Ordnungsidee 177

b) Die Selbstverwaltung als funktionelle Verwirklichung dieser Ordnungsidee 178

aa) Die eigene Systemgrenze der Selbstverwaltung zur Politik 178

bb) Das Problem der staatlichen Machtausübung 179

cc) Die Sicherung der bürgerlichen Freiheit 180

dd) Die Sicherung der demokratischen Einwirkungsmöglichkeit 181

c) Zwischenergebnis

Schlußbetrachtung 183

Literaturverzeichnis

Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 4. Bearbeitung, 14. Aufl. Berlin 1933, Kommentar
Arndt, Adolf	Das Bundesverfassungsgericht DVBl. 1951, S. 297
Bahrdt, Hans Paul	Die Gemeinde in der Industriegesellschaft Köln 1962
Becker, Erich	Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters Berlin, Göttingen, Heidelberg 1956 Bd. I, S. 113 ff.; HKWP
	Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung in: Die Verwaltung, Bd. 8, 1957
	Der Finanzausgleich, der Verwaltungsverbund und die Selbstverwaltungsgarantie in: Kommunale Finanzen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 8, S. 20 ff. Stuttgart 1960
	Kommunale Selbstverwaltung in: Die Grundrechte, hrsg. von Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey, Bd. 4, 2. Halbbd., S. 673 ff. Berlin 1962, Grdr. IV/2
Becker, Franz	Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung Stuttgart 1960
Becker, Franz - Luhmann, Niklas	Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz Berlin 1963
Berkenhoff, Hans Albert	Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen 2. Aufl., Siegburg 1965
Bidlingmaier, Johannes	Unternehmerziele und Unternehmerstrategien Wiesbaden 1964

Bidlingmaier, Johannes	Zielkonflikte und Zielkompromisse im unternehmerischen Entscheidungsprozeß Wiesbaden 1968
	Unternehmerische Zielkonflikte und Ansätze zu ihrer Lösung in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1968, S. 149
Bilinsky, Andreas	Die Reform der örtlichen Verwaltung in der UdSSR in: Die Reform der örtlichen Verwaltung im Ostblock, S. 59 ff. Herrenalb 1961
Bülck, Hartwig	Abhängigkeit und Selbständigkeit in der Verwaltung in: Verwaltung, hrsg. von Fritz Morstein Marx Berlin 1965
Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände	Zentrale Orte 1965
Burckhardt, Walter	Die Organisation als Rechtsgemeinschaft 2. Aufl., Zürich 1944
Cantner, Walter	Verfassungsrecht der Landkreise in: HKWP, S. 409 ff. Berlin u.a. 1956
Carlsson, Gösta	Betrachtungen zum Funktionalismus in: Logik der Sozialwissenschaften Hrsg. Ernst Topitsch 2. Aufl., S. 236 Berlin 1965
Committee for Economic Development	Modernizing Local Government to Secure a Balance Federalism New York 1966
Central Office of Information	Local Government in Britain Prepared for British Information Services by the Central Office of Information London 1968
Denninger, Erhard G.	Zum Begriff des Wesensgehaltes in der Rechtsprechung (Art. 19, Abs. 2 GG) DÖV 1960, S. 812 - 814

Ditz, Gerhard G.
Industrielle Verwaltung im kommunistischen Osteuropa
in: Bürokratische Organisation
Hrsg. Renate Mayntz
Köln, Berlin 1968, S. 393 ff.

Dinkel, Freia
Das Finanzreformgesetz, Bundesanzeiger, Beilage Nr. 181 vom 30.9.1969 S. 3 ff.

Dressler, Horst
Die Organisations- und Personalhoheit der Gemeinden
Diss. jur. Tübingen 1963

Eissing, Klaus
Gemeinschaftsaufgaben von Staat und Gemeinden unter der Selbstverwaltungsgarantie in Nordrhein-Westfalen
Siegburg 1968

Elleringmann, Rudolf
Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht
Stuttgart 1957

Ellwein, Thomas
Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre
Stuttgart 1966

Esser, Josef
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
Tübingen 1956

Forsthoff, Ernst
Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat
Tübingen 1931

Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat
Berlin 1932

Lehrbuch des Verwaltungsrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
9. Aufl., München, Berlin 1966

Fricker, Carl Viktor
Gebiet und Gebietshoheit
Festgabe für Albert Scheffle 1901, S.3 ff.

Führ, Bodo
Das Selbstverwaltungsrecht der Wasser- und Bodenverbände unter dem Einfluß staatlicher Finanzhilfen
Diss. jur. Münster 1967

Fuß, Ernst-Werner
Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger?
DVBl. 1958, S. 739

Genzer, Walter Erwin — Was bedeutet der Artikel 28?
in: Der Städtetag 1950, S. 314 - 318

Giacometti, Zaccaria — Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone
Zürich 1941

Glass, Claus-Peter — Die Realität der Kommunalaufsicht
Köln, Berlin, Bonn, München 1967

Glum, Friedrich — Das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände nach Art. 127 der Reichsverfassung
AÖR 17, S. 379 - 415

Göb, Rüdiger — Bund und Gemeinden
in: Buch Deutscher Gemeinden
Köln 1965, S. 110

Gönnenwein, Otto — Gemeinderecht
Tübingen 1963

Goetz, Harry — in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin 1956, S. 602

Goodnow, J. — Politics and Administration
New York 1900

Gothein, Eberhard — Typen und Stufen
in: Kölner Vierteljahreshefte für Sozialwissenschaften,
Reihe A, Soziologische Hefte II
1922, S. 5

Gouldner, Alwin W. — Reziprozität und Autonomie in der funktionalen Theorie
in: Moderne amerikanische Soziologie
Hrsg. Hartmann
Stuttgart 1967, S. 300, auszugsweise übersetzt aus: Reciprocity and Autonomy in Functional Theory
in: Symposium on Sociological Theory
Evanston I11. 1959

Grafe, Walter — Gemeindliche Personalhoheit unter der Selbstverwaltungsgarantie
DÖV 1955, S. 650 - 652

Gutachten über die Finanzreform in der BRD
Stuttgart, Köln, Berlin, Mainz 1966
Trögergutachten

Hartfiel, Günther - Sedatis, Lutz - Claessens, Dieter
Beamte und Angestellte in der Verwaltungspyramide. Organisationssoziologische Untersuchung und verwaltungsrechtliche Untersuchungen über das Entscheidungshandeln in der Kommunalverwaltung
Berlin 1964

Heinen, Edmund
Das Zielsystem der Unternehmung, Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen
Wiesbaden 1964 und 1966

Heppe v., Hans - Becker, Ulrich
Zweckvorstellungen und Organisationsformen
in: Verwaltung,
Hrsg. Fritz Morstein Marx, S. 87 - 105
Berlin 1965

Herzog, Roman
Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung
in: Der Staat 1963, S. 398 - 423

Hillebrecht, Rudolf
Die Stadtregion - Großstadt und Städtebau
in: Reschke-Hillebrecht, Großstadt und Stadtregion, Schriften des Instituts für Wohnungsrecht und Wohnungswirtschaft
Göttingen 1962, S. 29 ff.

Hettlage, Karl Maria
Die Gemeinden in der Finanzverfassung
AfK 1964, S. 1-24

Hohrmann, Friedrich
Bundesgesetzliche Organisation landesunmittelbarer Selbstverwaltungskörperschaften
Berlin 1967

Hoppe, Werner
Die Begriffe Gebietskörperschaft und Gemeindeverband und der Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände
Stuttgart 1958

Horn, Hans-Rudolf
Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit
Berlin 1962

Huber, Ernst-Rudolf	Bedeutungswandel der Grundrechte AÖR 1933, S. 1-98
Husserl, Gerhard	Rechtskraft und Rechtsgeltung Bd. 1 Berlin 1925
Imboden, Max	Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung Basel, Stuttgart 1954
Ipsen, Hans Peter	Gemeindliche Personalhoheit unter der Selbstverwaltungsgarantie DÖV 1955, S. 225
	Gleichheit in: Die Grundrechte, Bd. II, S. 111 - 198
Isbary, Gerhard	Zentrale Orte und Versorgungsnahbereiche Institut für Raumforschung Bad Godesberg 1965
	Standorte sind das Ziel der Kontraktion in: Die Region als neue Raumordnungseinheit, S. 32 ff. Siegburg 1964
Isenberg, Gerhard	Die Gemeinden im Spannungsfeld zwischen Marktwirtschaft und räumlicher Aufgabenerfüllung in: Buch Deutscher Gemeinden, S. 41 ff. Köln 1965
Isensee, Josef	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht Berlin 1968
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. 1905 Neudruck Tübingen 1919
	Allgemeine Staatslehre 3. Aufl., 7. Neudruck, Bad Homburg v.d.H. 1960
Jesch, Dietrich	Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben DÖV 1960, S. 739
Jochimsen, Reimut u. Treuner, Peter	Zentrale Orte in ländlichen Räumen Bad Godesberg 1967

Junker, Heinrich

Gemeinschaftsaufgaben zwischen Staat und Gemeinden (Gemeindeverbänden) unter der Selbstverwaltungsgarantie
in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 79 - 93
Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 11, Berlin 1961

Karewa, M. P.

Recht und Moral in der sozialistischen Gesellschaft, deutsche Übersetzung
Berlin 1954

Kägi, Werner

Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates
Zürich 1945

Von der klassischen Gewaltenteilung zur umfassenden Gewaltenteilung
in: Festschrift für Hans Huber, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 151 ff.
Bern 1961

Kelsen, Hans

Reine Rechtslehre
2. Aufl., Wien 1960

Allgemeine Staatslehre
(Auflage von 1925 neu herausgegeben)
Bad Homburg v.d.H. 1966
Das Problem der Souveränität
2. Aufl., Tübingen 1928

Klein, Friedrich

Die Stellung der Gemeinden im Grundgesetz und in der Finanzverfassung
in: Gemeindliches Finanz- und Prüfungswesen, hrsg. von der Verwaltungsakademie Ostwestfalen Lippe, S. 1 ff.
Detmold 1958

Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemeinschaftsaufgaben
in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 125 - 174
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Bd. 11, Berlin 1961

Kline, George L.

Socialistic Legality and Communist Ethics
in: Natural Law Forum Nr. 8 (1963), S. 21 - 34

Kölble, Josef — Gemeindefinanzreform und Selbstverwaltungsgarantie
in: Die Finanzreform und die Gemeinden, S. 17 - 38
Stuttgart u.a. 1966

König, René — Grundformen der Gesellschaft. Die Gemeinde.
Hamburg 1958

Körntgen, Egon — Die gemeindliche Selbstverwaltung in den Vereinigten Staaten von Amerika
München 1962

Köttgen, Arnold — Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände
in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1956
Bd. 1, S. 185 ff.; HKWP

Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber
Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften, Bd. 1
Berlin 1957

Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung
DVB1 1957, S. 441

Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe
Rechtsgutachten, Hamburg 1961

Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung
in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, S. 79 - 98, 1961

Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung
Göttingen 1963

Fondsverwaltung in der Bundesrepublik
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965

Korte, Heinz-Walter — Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips
Diss. jur. Würzburg 1968

Kottenberg, Kurt - Rehn, Erich — Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
8. Aufl., Siegburg 1968; Kottenberg-Rehn

Kraft, Jürgen

Die erforderliche Grundausrüstung ländlicher Räume
Forschungsbericht des Landes NW Nr. 980
Kultusministerium
Köln, Opladen 1961

Kraft, Jürgen - Rosenbaum, Heinrich

Die erforderliche Grundausrüstung ländlicher Räume II
Köln, Opladen 1964

Krawietz, Werner

Das positive Recht und seine Funktion
Berlin 1967

Kröll, Michael

Gesellschaft und Staat
Berlin 1961

Krüger, Herbert

Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik
DÖV 1956, S. 550

Allgemeine Staatslehre
Stuttgart 1964

Küchenhoff, Günther - Küchenhoff, Erich

Allgemeine Staatslehre
5. Aufl., Stuttgart 1964

Küchenhoff, Günther

Naturrecht und Liebesrecht
Hildesheim 1962

Larenz, Karl

Methodenlehre
1. Aufl., Berlin 1960
2. Aufl., Berlin 1969

Leibholz, Gerhard

Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert
3. Aufl., Berlin 1966

Strukturprobleme der modernen Demokratie
Karlsruhe 1958

Lerche, Peter

Übermaß und Verfassungsrecht
Köln, Berlin, München, Bonn 1961

Verfassungsfragen und Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt - Ein Rechtsgutachten
Berlin 1963

Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft als Verfassungsproblem
in: Buch Deutscher Gemeinden, S. 9 - 26
Köln 1965

Linckelmann, Karl

Zum staatlichen Lehrbegriff der mittelbaren Staatsverwaltung
DÖV 1959, S. 561

Littmann, Konrad

Die Gestaltung des kommunalen Finanzsystems unter raumordnungspolitischen Gesichtspunkten
Hannover 1968

Loomis, Charles P. - Loomis, Zona K.

Modern Social Theories
Selected American Writers
Princeton New Jersey 1961

Loschelder, Wilhelm

Einführung zu: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland
Schriftenreihe des Verbandes für Kommunalwisschenschaften, Bd. 9
Berlin 1965

Luhmann, Niklas

Funktionale Methode und Systemtheorie
in: Soziale Welt 1964, S. 1-25

Zweck-Herrschaft-System: Grundbegriffe und Prämissen Max Webers
in: Der Staat 1964, S. 129 - 158

Funktionen und Folgen formaler Organisation
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Bd. 20, Berlin 1964

Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Bd. 24, Berlin 1965

Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie
Berlin 1965

Theorie der Verwaltungswissenschaft
Bestandsaufnahme und Entwurf
Köln 1966

Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Bd. 29, Berlin 1966

Die Programmierung von Entscheidungen und das Problem der Flexibilität
in: Bürokratische Organisation
Hrsg. Renate Mayntz
Köln, Berlin 1968

Mann, Fritz Karl	Finanztheorie und Finanzsoziologie Göttingen 1959
March, James E. - Simon, Herbert A.	Organisations New York, London 1958
Marx, Detlef	Voraussetzungen und Bedingungen einer wachstumsgerechten Landesentwicklung Landesentwicklung, Heft 24 Düsseldorf 1968
Maunz, Theodor - Dürig, Günther - Herzog, Roman	Grundgesetz Kommentar Bd. I München 1968; Maunz-Dürig
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht 16. Aufl., München 1968
Mayer, Franz	Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung in: Verwaltung, Hrsg. Fritz Morstein Marx Berlin 1965 in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962, S. 27
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht 1. Bd. 1. Aufl., Leipzig 1895
Mayntz, Renate	Soziologie der Organisation Hamburg 1963
	Theorie der Organisation Bemerkungen zu einem Buch von Niklas Luhmann in: Der Staat 1965, S. 215 ff.
	Kritische Bemerkungen zur funktionalistischen Schichtungstheorie in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 5, S. 10 ff. Köln, Opladen 1961
Menger, Christian-Friedrich	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit DÖV 1955, S. 587
	Das Gesetz als Norm und Maßnahme in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 15 (1957), S. 3 - 32

Menger, Christian-Friedrich

Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung
in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 427 ff.
Karlsruhe 1963

Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns
DVBl. 1960, S. 297 ff.

Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung
DÖV 1969, S. 153 ff.

Meyer, Georg

Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts
7. Aufl., bearb. von Gerhard Anschütz
München und Leipzig 1919

Meyer, Hans

Die Finanzverfassung der Gemeinden
Stuttgart, Berlin 1969

Meyer, Poul

Die Verwaltungsorganisation Göttingen 1962

Morgen

Die ländliche Großgemeinde im Verwaltungsbezirk Oldenburg
zit. nach Sachverständigengutachten Schleswig-Holstein 1968

Morstein Marx, Fritz

Verwaltung eine einführende Darstellung
Berlin 1965

Müller, Klaus

Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte
VerwArchiv 1963, S. 170 - 197

Neuhoff, Robert

Kommunale Selbstverwaltung und Bonner Grundgesetz
DÖV 1952, S. 259 - 263

Obermayer, Klaus

in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer
Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern
München, 1962

Pagenkopf, Hans

Finanz- und Steuerpolitik in der 5. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages,
DÖV 1970, S. 299 ff.

Parsons, Talcott

Some Highlights of the General Theory of Action
in: Approaches to the Study of Politics, Evanston Ill., S. 282 - 301, 1958
auszugsweise übersetzt in: Moderne amerikanische Soziologie, Hartmann (Hrsg.)
Stuttgart 1967

Parsons, Talcott — Die jüngsten Entwicklungen in der strukturellfunktionalen Theorie
in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, S. 30-49, 1964

Partsch, K. J. — Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft
in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 29, Carl Bilfinger zum 75. Geburtstag, S. 301 ff.
Köln, Berlin 1954:
Festschrift für Bilfinger

Partzsch, Dieter — Funktionsgesellschaft
in: Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung, S. 516
Hannover 1966

Zum Begriff der Funktionsgesellschaft
in: Mitteilungen des deutschen Verbandes für Wohnungswesen, Städtebau und Raumplanung 1964, Heft IV, S. 3 ff.

Peters, Hans — Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen
Berlin 1926

Lehrbuch der Verwaltung
Berlin 1949

Die Gewaltenteilung in moderner Sicht
Köln, Opladen 1954

Pfeil, Elisabeth — Zur Kritik der Nachbarschaftsidee
AfK 1963, S. 39 ff.

Philip, Kjeld — Intergovernmental Fiscal Relations
Copenhagen 1954

Preuß, Hugo — Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften
Aalen 1963 (Neudruck der Ausgabe 1889)

Radbruch, Gustav — Vorschule der Rechtsphilosophie
2. Aufl., Göttingen 1959

Radnitzky — Die rechtliche Natur des Staatsgebiets
AöR 20 (1906) S. 313 - 355

Rasch, Ernst — Die staatliche Verwaltungsorganisation
Köln 1967

Rendtorff, Trutz — Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip
in: Der Staat 1962, S. 405 - 430

Riechels, Ernst — Eigenentwicklung - ein planungsstrategisches Problem der Raumordnung
DVBl. 1968, S. 360 - 369

Ronneberger, Franz — Integrationsfunktion der öffentlichen Verwaltung
in: Selbstverwaltung einer Landschaft, S. 185 ff., Hrsg. Ludger Baumeister und Helmut Naunin
Stuttgart 1967

Verfassungswirklichkeit als politisches System
in: Der Staat 1968, S. 409 ff.

Sachverständigengutachten für die Verwaltungs- und Gebietsreform in Niedersachsen der Niedersächsischen Minister des Inneren
Hannover 1966

Sachverständigen-Kommission für die kommunale Neugliederung des Landes Nordrhein-Westfalen:
Die kommunale und staatliche Neugliederung des Landes Nordrhein-Westfalen
Abschnitt A
Sachverständigengutachten NW (A)
und Abschnitt B

Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung NW 1960

Sachverständigengutachten zur lokalen und regionalen Verwaltungsneuordnung in Schleswig-Holstein
hrsg. vom Innenminister des Landes Schleswig-Holstein
Köln 1968

Salzwedel, Jürgen — Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung
AfK 1962, S. 203

Salzwedel, Jürgen

Kommunalrecht
in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen
Hrsg. Wilhelm Loschelder, Jürgen Salzwedel, S. 217 - 304
Köln, Berlin 1964

Staatsaufsicht in der Verwaltung
in: VVdStL Heft 22, S. 206 ff., 1965

Simon, Herbert A.

Das Verwaltungshandeln
Stuttgart 1955 (Übersetzung von Administrative Behavior, 1945)

The New Science of Management Decision
New York 1960

Scheuner, Ulrich

Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit
DÖV 1960, S. 601

Die fö deralistische Ordnung in den Vereinigten Staaten und in der Schweizer Eidgenossenschaft
in: Föderalistische Ordnung,
Hrsg. A. Süsterhenn, S. 63 ff.
Koblenz 1961
und in: Presseveröffentlichung über den Bundesrat Nr. 125, 1961, S. 644 - 651

Schlottke, Helmut

Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen
Diss. jur. Tübingen 1968

Schmid, Carl

im Parlamentarischen Rat
11. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 14.10.1948 Steno Pr. S. 23, 36

Schmitt, Carl

Verfassungslehre
München und Leipzig 1928
(unveränderter Neudruck) Berlin 1954

Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)
in: C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, S. 140 ff., Berlin 1958

Statistisches Bundesamt

Statistisches Jahrbuch für die BRD 1966
Stuttgart, Mainz 1966

Stein, Ekkehart	Die Wirtschaftsaufsicht 1967, S. 98-112
Steinbeck, Brigitte	Einige Aspekte des Funktionsbegriffs in der positiven Soziologie und in der kritischen Theorie der Gesellschaft in: Soziale Welt 1964, S. 97 - 129
Stern, Klaus	In: Kommentar zum Bonner Grundgesetz Art. 28, Zweitbearbeitung 1968 Stern BK Art. 28
	Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft AfK 1964, S. 81 - 102
Strasser, Helge	Zielbildung und Steuerung der Unternehmung Wiesbaden 1966
Stützel, Wolfgang	Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft Wiesbaden 1966, S. 769 - 789
Thieme, Werner	Verwaltungslehre Köln 1967
	Selbstverwaltungsgarantie und Gemeindegröße DVBl. 1966, S. 325
	Bund, Länder und Gemeinden AfK 1963, S. 185
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug in: Recht im Wandel Köln 1966
Unruh v., Georg-Christoph	Spannungen zwischen Staats- und Selbstverwaltung im bürgerlichen und sozialen Rechtsstaat in: Der Staat 1965, S. 440
Utz, Arthur-Fridolin	Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips Heidelberg 1956

Wagener, Frido

Gemeindeverwaltung und Kreisverwaltung
AfK 1964, S. 237

Anmerkung zur Entscheidung des OVG Münster vom 20.10.1965
DVBl. 1966, S. 342

Neubau der Verwaltung. Gliederung der öffentlichen Aufgaben und ihrer Träger nach Effektivität und Integrationswert.
Schriftenreihe der Hochschule Speyer 1969

Waldo, Dwight

The Study of Public Administration
New York 1955

Weber, Max

Grundriß der Sozialökonomik
Wirtschaft und Gesellschaft II. Bd.
3. Aufl., Tübingen 1947

Weber, Werner

Wandlungen der Kommunalverwaltung
DÖV 1948, S. 19 - 24

Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart
Göttingen 1953 und Neuauflage 1967

Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem
in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 253 ff.
Berlin 1959

Entspricht die gegenwärtige kommunale Struktur den Anforderungen der Raumplanung?
Gutachten zum 45. Deutschen Juristentag
Bd. 1, Teil 5
München, Berlin 1964

Wiethölter, Rudolf

Rechtswissenschaft, Frankfurt, 1968

Wolff, Hans J.

Verwaltungsrecht I
7. Aufl., München 1968
Verwaltungsrecht II
2. Aufl., München, Berlin 1967
Verwaltungsrecht III
2. Aufl., München, Berlin 1967
Wolff, VwR I, II, III

Zuck, Rüdiger

Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz
München 1968

Einleitung

Die schon historische Diskussion über das Wesen der Selbstverwaltung, ihre Notwendigkeit und ihre Gefährdung in den einzelnen Zeitabschnitten der deutschen Geschichte hat ihre Fortsetzung und neuen Auftrieb durch die in jüngster Zeit in Gang gesetzten Verwaltungsreformen und insbesondere Gebietsneuordnungen in den deutschen Bundesländern erhalten. Angelpunkt ist immer wieder die rechtliche Aufgabenabgrenzung zwischen den Gebietskörperschaften und die tatsächliche Aufgabenverteilung[1].

Eine Darstellung der Abgrenzung der gemeindlichen Zuständigkeiten erscheint deshalb notwendig.

---

[1] Übersicht über die laufende Diskussion gibt der "Eildienst" des Deutschen Landkreistages. z.B. AfK 1967 S. 131;
u.a. Frido Wagener, Gemeindeverwaltung und Kreisverwaltung, in AfK 1964 S. 241; Sachverständigengutachten für die Verwaltung und Gebietsreform in Niedersachsen 1966; Sachverständigengutachten Schleswig-Holstein; Sachverständigengutachten NW (A und B) und andere.

A. Die Lage der kommunalen Selbstverwaltung

I. Zuständigkeit als ein Grundbegriff des Organisationsrechts

1. Art. 28 II GG als Zuständigkeitsverteilung

Das Grundgesetz (Art. 28 II) und die Verfassungen der Länder (z.B. Art. 78 II VerfNW) garantieren in fast übereinstimmender Form den Gemeinden das Recht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln" (so Art. 28 II GG). Das Recht auf Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist ein Eckpfeiler des Selbstverwaltungsrechts. Diese Garantie wird Allzuständigkeit, Universalität, Allseitigkeit genannt. Der Wortlaut des Art. 28 II GG sagt zunächst, daß ein bestimmtes Verwaltungssubjekt bestimmte Zuständigkeiten hat. Diese Zuständigkeitsuntersuchung muß somit die Basis für unsere Untersuchung sein, auch wenn sich später herausstellen wird, daß Art. 28 II GG weit mehr als nur eine Zuständigkeitsregelung beinhaltet.

Entsprechend der Zweistufigkeit[2] des Staatsaufbaus der BRD in Bund und Länder sind die Länder Normadressat und der Bund hat die Einhaltung der Selbstverwaltungsgarantie zu gewährleisten (Art. 28 III GG). Es handelt sich somit nicht um eine allgemeine Rechtsnorm, die sich an alle wendet. Sie dient nicht dazu, das Verhalten aller Staatsbürger zu bestimmen. Es handelt sich nicht um eine Verhaltensnorm[3], sondern um eine Norm des Organisationsrechts, welches u.a. die ämter- und behördenmäßige Gestalt des Staates

---

[2] A.A. Korte, Aufgabenverteilung S. 12; so aber die h.M. Maunz-Dürig, Art. 28 Rdn. 23; Maunz, Staatsrecht S. 199; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 247 Fn. 6.

[3] Ausdruck von W. Burckhardt geprägt in: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 17 ff.

zum Gegenstand hat[3] [4]. Einer Organisation bedarf es, wenn viele Menschen in einem Gemeinwesen in einer sozialen Einheit zusammenleben[5]. Die innere Ordnung dieser sozialen Gebilde wird durch das Organisationsrecht geregelt[6]. Das Verhältnis der in wechselseitigen sozialen Beziehungen stehenden Menschen, das Verhältnis von Herrschenden und Beherrschten wird durch ein System von Rechtssätzen geregelt. Das öffentliche Organisationsrecht ist das System der Rechtssätze, die die Organe der Staatsverwaltung und ihre Zuständigkeit ordnen. Große Bedeutung kommt der Regelung des organisatorischen Teils des Verfassungsrechts zu. Dies ist in der BRD eine wichtige Frage, da die BRD nicht nur Mitglied von überstaatlichen Organisationen ist, sondern aus z.T. historischen Gründen eine besonders starke innerstaatliche Gliederung aufweist.

Die Staatsgewalt steht dem Staat[7a] als Ganzes zu[7b]. Nur die Vollziehung ist nicht notwendig zentral[7]. Die Verteilung der Vollziehungsgewalt insbesondere auf die rechtsfähigen Unterorganisationen wie die Gebietskörperschaften (Gemeinden, Gemeindeverbände) verlangt eine genaue Normierung. Die Errichtung, die innere Struktur, die Arbeitsweise, die wechselseitigen Beziehungen der Staatsorgane

---

[3] Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil. § 22, 2a "Die Organisationsgewalt", § 23 "Gliederung des Verwaltungsaufbaus", § 24 "Die mittelbare Staatsverwaltung und ihre Gliederung".

[4] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht S. 14. Die Regeln, die die Verwaltungsorganisation oder Behördenordnung bilden (z.B. Zuständigkeiten), sind politisches Recht wie die Verfassung. Sie sind Staatsrecht.

[5] Der Begriff "Organisation" hat in der Lehre eine weite Bedeutung. Poul Meyer, Die Verwaltungsorganisation, S. 38. Man kann Organisation definieren als ein gegebenes System von Arbeitsteilung und Koordinierung durch eine Mehrzahl von Personen, die eine bestimmte Aufgabe zu lösen versuchen. In diesem System ist der strukturelle (also statische) als auch funktionelle Aspekt enthalten

müssen geregelt sein, um die Verwirklichung des Rechts und das Gemeinwohl zu sichern. Wichtiger Begriff zur Abgrenzung von Aufgaben und Befugnissen des staatsorganisatorischen Subjekts ist die Zuständigkeit[8].

Unter Zuständigkeit versteht man die Zuordnung von Rechten und Pflichten zu einem Rechtssubjekt[9]. Organisationsrechtlich werden einer Organisation, z.B. der Gemeinde, Aufgaben zur berechtigenden und verpflichtenden Wahrnehmung durch eine Norm zugeordnet, die diese Bezogenheit und ihre Folgen regelt. Das gemeindliche Handeln des Organwalters wird nur dann als Handlung des Gemeindeorgans angesehen, wenn auf Grund einer Zuständigkeitsnorm das Handeln dem Organ zugerechnet wird[10].

Die Literatur[11] hält für die Bestimmung der Zuständigkeit verschiedene Momente für notwendig, die im Ergebnis jedoch nicht weit auseinandergehen: RADNITZKY[12] verlangt persönliche, sachliche und örtliche Kompetenz. WOLFF[13] geht von sachlicher, örtlicher und zeitlicher Zuständigkeit aus. KELSEN[14] unterscheidet den gegenständlichen, per-

---

(P. Meyer a.a.O.) - A.A. Dwight Waldo, The Study of Public Administration S. 6 ff. und andere: "Organisation ist Struktur, Management ist Funktion".

[6] H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II § 71 I a.

[7] Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 184.

[7a] Im Rahmen dieser Arbeit ist unter "Staat" die Staatlichkeit von Bund und Ländern in ihrer Gesamtheit zu verstehen.

[7b] Krüger, Staatslehre, S. 866; G. Jellinek, Staatsl. S. 644

[8] H.J. Wolff, VerwR II § 72.

[9] Hoppe, Gebietskörperschaft § 5 I; H. J. Wolff, VerwR II § 72 I.

[10] Kelsen, Reine Rechtslehre S. 120.

[11] Hoppe, Gebietskörperschaft § 5 I 1.

[12] Radnitzky, Staatsgebiet S. 339 ff.

[13] ebenda.

[14] Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 138.

sonalen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich. Diese herkömmlichen Abgrenzungen des Begriffs "Zuständigkeit" decken sich in ihren wesentlichen Zügen. Es wird jedoch später darzulegen sein, daß damit allein eine brauchbare Verteilung von Wahrnehmungsbereichen öffentlicher Tätigkeit nicht erfolgen kann.

2. Die örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit gibt den Raum an, in dem die Zuständigkeit ausgeübt werden darf. Dies ist gemäß Art. 28 II GG ein Geltungsraum, der in der Regel dem Lebensraum einer Gruppe von Menschen entspricht, die eine soziale Gemeinschaft bilden. Der Geltungsraum wird als die politische Gemeinde festgelegt, wie sie als juristische Person des öffentlichen Rechts besteht, hervorgegangen aus einem historischen Entwicklungsprozeß. Dabei wird vom Verfassungsgesetzgeber vorausgesetzt, daß politische "Gemeinde" und "örtliche Gemeinschaft" übereinstimmen. Wenn nach Art. 28 II GG "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" von der Gemeinde geregelt werden dürfen und sollen, dann hat das der örtlichen Gemeinschaft als politische Gemeinde zugeordnete Gemeindegebiet (politische, weltliche Gemeinde) die Funktion, die räumliche Bezogenheit der der Regelung unterworfenen Personen zu kennzeichnen. Die örtliche Bezogenheit erstreckt sich auf alle Personen, die sich im Gemeindegebiet aufhalten[14a] (Totalität, Gebietshoheit).

3. Die sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit gibt an, welche Angelegenheiten besorgt werden sollen (Art. 28 II GG: "alle Angelegenheiten"). Der Umfang der sachlichen Zuständigkeit wird vom GG lediglich durch Angabe des räumlichen Zuständigkeitsbereichs

---

[14a] Neben dem Aufenthalt gibt es noch weitere Anknüpfungspunkte für die örtliche Zuständigkeit z.B. die Belegenheit eines Grundstücks eines Auswärtigen auf dem Gebiet der Gemeinde für die Grundsteuer.

im obigen Sinne bestimmt: "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft", wobei wegen der unterschiedslosen Behandlung von örtlicher Gemeinschaft und politischer Gemeinde alle Angelegenheiten umfaßt werden, die sich aus den sozialen Bedürfnissen der im Gemeindegebiet lebenden Menschen als soziale Gruppe ergeben. Diese allumfassende sachliche Zuständigkeit, die "Allzuständigkeit" oder "Universalität" der Gemeinden, wird jedoch durch vorbehaltene Zuständigkeiten des Bundes und der Länder durch die Klausel "im Rahmen der Gesetze" (Art. 28 II GG), wieder eingeschränkt.

II. Allzuständigkeit und Verfassungsgarantie

1. Die Ausfüllung der neutralen Zuständigkeitszuordnung

Art. 28 II GG ist damit schon seinem Inhalt nach in erster Linie Kompetenzabgrenzungsnorm, indem er anders als Art. 127 WRV ausdrücklich den Handlungsraum der Gemeinde absteckt[15].

Art. 28 II GG gibt selbst nicht an, welches Ziel oder Zielsystem mit der kommunalen Selbstverwaltung angestrebt werden soll. Auch wenn man der Meinung sein sollte, daß die Selbstverwaltung einen Selbstzweck darstellt, so ist damit noch kein Ziel genannt, da die Verwaltungsstruktur Selbstverwaltung schon definitionsmäßig einer Abgrenzung gegenüber der Staatsverwaltung bedarf. Die Selbstverwaltung ist nur ein Mittel unter anderen zur Erreichung eines weitgehend in der Verfassung niedergelegten Zielsystems. Dieses bestimmt den Umfang der Selbstverwaltung. Als Verwaltungsform ist sie selbst neutral.

---

[15] Meyer, Die Finanzverfassung S. 24 ff., 29 betont die systematische Stellung im Organisationsteil des GG.

Bei dieser durch das GG geregelten sachlichen Zuständigkeit als einer Funktion der örtlichen Gemeinschaft und damit letztlich auch einer Funktion des Gemeindegebietes bleibt jedoch später noch zu prüfen, ob die Zuordnung einer Aufgabe zum gemeindlichen Aufgabenbereich nur vorliegt, wenn ihre Erledigung in den örtlichen Bereich fällt und möglich ist, oder ob, wie für bestimmte Sondergruppen staatlicher Normen, wie Strafrecht, staatliche Zwangsakte, das Gebiet nicht als absolute Zuständigkeitsbestimmung gilt.

2. Art. 28 II des Grundgesetzes

Nachdem wir festgestellt haben, daß es sich bei der Gewährleistung der Allzuständigkeit um eine reine Organisationsnorm handelt, ist zu untersuchen, wie die Allzuständigkeit nach Ausfüllung mit konkreten Zuständigkeiten aussieht.

Die zunächst neutrale Zuständigkeitszuordnung wird konkret durch den Selbstverwaltungsgrundsatz[15a] ausgefüllt.

Art. 28 II GG wird als Garantienorm der kommunalen Selbstverwaltung bezeichnet[16]. Art. 28 II GG garantiert nach h. M. 1) i.V. mit Abs. 1 und 3 das organisatorische Aufbauprinzip des Staates in Gemeinden und Gemeindeverbände (nach Stern a.a.O. institutionelle Rechtssubjektsgarantie der Gemeinden und Gemeindeverbände), 2) die Rechtsinstitution "kommunale Selbstverwaltung", 3) die subjektive Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände gegen Übergriffe auf diese - unter 1) und 2) aufgeführten - gewährten Garantien. Schwerpunkt ist die Rechtsinstitution kommunaler Selbstverwaltung.

[15a] Wegen der Behandlung der Selbstverwaltung als Strukturtypus der Verwaltung, soll im folgenden der Ausdruck "Selbstverwaltungsprinzip" oder Selbstverwaltungsgrundsatz gebraucht werden. (vgl. S. 46 ff., 48 und 134 ff)

[16] Stern, BK Art. 28 II A 1.

[16a] z.B. BayVerfGH vom 21.12.1951, VGH n.F. Bd. 4 II S. 252 ff.

3. Art. 28 II GG und die Landesverfassungen

Die kommunale Selbstverwaltung wird im folgenden im Lichte der Verfassungsgarantie des GG behandelt. Auf die einzelnen Landesverfassungen wird nur sporadisch eingegangen. Die ständige Rechtsprechung[16a] der deutschen Landesverfassungsgerichte hält die Selbstverwaltungsgarantien in den einzelnen Landesverfassungen für verfassungsmäßig, da diese Bestimmungen entweder mit Art. 28 GG übereinstimmen oder über Art. 28 GG hinausgehen. Nach dieser Meinung ist Art. 28 GG eine Mindestgarantie, so daß Art. 31 GG nicht eingreift[17]. Abgelehnt[18] wird die Meinung Werner WEBER's[19], daß Art. 28 GG sich mit den Einzelregelungen der Landesverfassungen decke, da diese die in Art. 28 GG bereits ausgeformte institutionelle Garantie nur umschreiben oder spezieller regeln. Abgelehnt wird damit ein weit ausgelegter Selbstverwaltungsbegriff, der durch die Landesverfassungen und die Landesgesetze konkretisiert wird. Werner WEBER's Ansicht, daß es nur einen konkretisierbaren Selbstverwaltungsbegriff geben kann, ist jedoch richtig.

Die h.M.[19a] wendet Art. 31 GG nicht an, wenn eine Landesverfassung über den "Mindestgehalt" des Art. 28 GG hinausgeht. Dies ist inkonsequent, da bei dieser Betrachtungsweise zwei konkret gedachte Zuständigkeitsordnungen zueinander in Beziehung gesetzt werden. Wenn eine Landesverfassung den Gemeinden größere Zuständigkeiten einräumt als Art. 28 GG, dann nimmt sie den

---

[17] Abweichende Rspr. nur Bremer Staatsgerichtshof, E vom 5.5.1953 (nicht veröffentlicht); vgl. dazu E. Becker in Grundrechte IV/2 S. 737 und HKWP S. 147.

[18] E. Becker a.a.O.

[19] Staats- und Selbstverwaltung S. 36, 55

[19a] Maunz, Staatsrecht, § 25 V, VI mit weiteren Belegen

übergreifenden Verwaltungsträgern Zuständigkeiten weg, die Art. 28 GG diesen als Kehrseite der kommunalen Zuständigkeit zuordnet. Diese Folge ergibt sich deshalb, weil bei einer Zuständigkeitsregelung immer zwei Seiten konkret betroffen sind, während bei der Ausgestaltung von verfassungsrechtlichen Freiheitsrechten stets nur eine Seite, der Bürger, berührt wird. Man könnte deshalb nicht mehr von einer zum Art. 28 GG verfassungskonformen Erweiterung der gemeindlichen Rechte sprechen, da es sich um einen Widerspruch zu Art. 28 GG handeln muß. Die Auffassung, das Land könne der Gemeinde mehr oder weniger großzügig ein Freiheitsrecht gewähren, ist falsch. Art. 28 GG ist in jeder Richtung bindend. Die Gemeinde hat keine grundrechtsähnliche oppositionelle Stellung gegenüber dem Staat, sondern sie ist ein abgegrenzter Teil der Staatsverwaltung[19b].

Der Ausgangspunkt der h.M., daß Art. 28 GG eine konkrete (Mindest-) Zuständigkeitsordnung ist, die, wenn auch in genereller Form, aus sich heraus ohne Zuhilfenahme der Landesverfassungen gedeutet und konkretisiert werden kann, ist daher verfehlt. Als generelle Norm kann Art. 28 GG kein Eigenleben entwickeln, sondern muß mit dem historischen Selbstverwaltungsbegriff ausgefüllt werden[20], unter Berücksichtigung der Wandlung dieses Begriffs in der neueren Geschichte der Selbstverwaltung in der Rechtsprechung[21] und insbesondere in der Staatspraxis. Unter Berücksichtigung der später noch genauer aufzuzeigenden Wesenszüge der Selbstverwaltung kann hier schon gesagt werden, daß es sich bei Art. 28 GG um eine Generalklausel handelt, die auch von den Bestimmungen der Landesverfassungen konkretisiert wird. Wir haben uns im folgenden somit nur mit einem Selbstverwaltungstyp zu befassen.

[20] BVerfGE 1, 167.

[21] Vgl. dazu Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 57.

[19b] anders die naturrechtliche Auffassung, die das Selbstverwaltungsrecht als Grundrecht ansieht; so Mayer a.a.O. S. 27

III. Die Begrenzung der Allzuständigkeit

1. Die Zuständigkeit der Gemeinde

Die geschichtliche Entwicklung der Gemeindeaufgaben führte in Deutschland zur Allzuständigkeit, die nur durch ein Gesetz wieder eingeschränkt werden kann. Dies ist jedoch keine notwendige Folge aus dem Charakter der Gemeinde als einer Gebietskörperschaft[22].

Die Frage der Zuständigkeit der Gemeinden ist vielmehr in den verschiedenen Staaten oftmals auf verschiedene Weise gelöst worden.

a) In England erfolgt die Zuständigkeitsregelung nach der "ultra vires"-Lehre[23] (Lehre von der begrenzten Zuständigkeit), die in der Periode nach der Verkündung des "Municipal Corporation Act" von 1835 dahin entwickelt wurde, daß die Gemeindeverwaltungen in jedem Fall ein Gesetz nachweisen müssen, um ihre Zuständigkeit darzutun. Jede gesetzlich nicht gedeckte Handlung liegt außerhalb der Zuständigkeit also ultra vires[24].

b) In den Vereinigten Staaten von Amerika[25] erhält die Gemeinde im Anschluß an das englische Vorbild ihre Handlungsvollmacht grundsätzlich vom Einzelstaat nach dem Enumerationsprinzip. Diese kann durch ein Gesetz des Staates jederzeit wieder genommen werden. (Als gewisse Ausnahme wurden z.T. die "home rules" eingeführt, die in einigen Staaten die "local matters" den Gemeinden zur unabhängigen Regelung überlassen[26].

[22] So Peters, Grenzen S. 55.

[23] Vgl. Küchenhoff, Allg. Staatslehre S. 18, Nr. 8; Poul Meyer, Die Verwaltungsorganisation S. 225.

[24] Vgl. Local Government in Britain Prepared for British Information Services by the Central Offices of Information, London 1968, S. 34 ff. cit. nach F. Wagener, Aufbau S. 297.

[25] Morstein Marx, Amerikanische Verwaltung S. 51; vgl. auch F. Wagener, Aufbau S. 322.

[26] Egon Körntgen, Die gemeindliche Selbstverwaltung in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1962 S. 8 ff.

Die Verfassungen der Staaten kennen keine Selbstverwaltungsgarantie. Die Gemeinden haben kein eigenes Recht auf Selbstverwaltung. Jede Gemeinde hat in der Regel ihre Charta. Für alle Fragen der Kommunalverwaltung ist der Einzelstaat zuständig. (Dillon-Doktrin). Die Gemeinde ist "agent of the state". Es gibt keine Trennung von eigenen und übertragenen Aufgaben. Die angelsächsische Lösung hängt mit dem unterschiedlichen politischen Selbstverwaltungsverständnis zusammen, wonach es nicht so sehr auf die inkorporierte Selbstverwaltung als auf die politische Mitarbeit des Bürgers in der Staatsverwaltung ankommt.

c) In Deutschland verschaffte sich das Bürgertum im 19. Jahrhundert mit der kommunalen Selbstverwaltung einen freiheitlichen politischen Raum gegenüber dem monarchistischen Verwaltungsstaat. Aus dieser historischen Aufgabe ergab sich eine starke Betonung der Gemeindegewalt[27]. Diese oft naturrechtlich begründete Allzuständigkeit wird durch die dargelegten angelsächsischen Verwaltungsformen in ihrem Absolutheitsanspruch eingeschränkt.

---

[27] Obwohl heute weitgehend anerkannt wird, daß die Verfassung die grundlegenden Zuständigkeitszuordnungen zu treffen hat (Hans Meyer, Die Finanzverfassung der Gemeinden S. 51 ff., 181) und dabei auch ein gewisser Spielraum besteht, ist der alte Streit, ob die Gemeindegewalt ursprüngliche, ob abgeleitete Staatsgewalt ist, noch nicht erloschen. Vgl. die überzeugende Darlegung Peters', Grenzen S. 189 und auch Kelsen, Allg. Staatslehre S. 183, daß es keine von Natur aus eigenen Angelegenheiten der Gemeinde gäbe und demgegenüber Hans von Heppe und Ulrich Becker in Morstein Marx, Verwaltung S. 99, wonach das gebietskörperschaftliche Teilsystem nicht nur abgeleitete, sondern auch originäre Aufgaben erfülle (so auch Jellinek, S. 645). Weitere Literaturdaten bei Walter Cantner in HKWP S. 420. Ob dieser Streit heutzutage noch Sinn hat, ist fraglich - vgl. unten-; es bleibt jedoch festzuhalten, daß der Gesetzgeber Verwaltungszuständigkeiten delegieren kann, auch in Form von generellen Vollmachten.

Bei unseren weiteren Betrachtungen ist von der deutschen Lösung auszugehen, bei der man nur mit Hilfe einer Generalklausel der Unzahl der bestehenden und kommenden gemeindlichen Aufgaben Herr werden zu können glaubte.

2. Der Aufgabenumfang

Den deutschen Gemeinden ist nicht generell ein bestimmtes Maß an Verwaltungszuständigkeit oder kommunaler Aufgabenerfüllung zugewiesen[28]. Dies ergibt sich schon aus der unterschiedlichen Größe der Gemeinden[29]. Das Prinzip der Allzuständigkeit kann demnach nur verlangen, daß jede Gemeinde selbst bestimmt, welche Aufgaben sie wahrnehmen will und damit auch welchen Umfang die Verwaltung hat[30].

Gemeindliche Aufgaben müssen in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, wenn sie der Verfassungsgarantie unterfallen sollen[31].

Gleichgültig ist, ob die Aufgaben dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören; wie schon das preußische OVG ausführte, werden alle Arten von Aufgaben, ob wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder sonstiger Art, also auch die moderne Daseinsvorsorge, als rechtliche oder tatsächliche Handlung erfaßt. (Preuß.OVG 2, 190 und 12, 155).

---

[28] Frido Wagener, Aufbau S. 101.

[29] 1965 hatten von 24.444 Gemeinden 3.461 Gemeinden weniger als 200 Einwohner, 20.636 Gemeinden weniger als 2.000 Einwohner; Stat. Bundesamt, Stat. Jahrbuch für die BRD 1966, Stuttgart, Mainz 1966, Abschnitt I 6 S. 36.

[30] Vgl. auch F. Wagner, Aufbau S. 104 über die verschiedene kommunale Verwaltungsgliederung innerhalb der Landkreise in der BRD.

[31] BVerfGE 8, 134. "Sie müssen von der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können. Die Gemeinde überschreitet die ihr gesetzten rechtlichen Schranken, wenn sie zu allgemeinen überörtlichen,

Was zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört, ist eine Frage der Gesetzesauslegung. Eine Aufzählung, wie sie Art. 83 I Bayerische Verfassung vornimmt, kann in Anbetracht der wechselnden Lebensverhältnisse[32] immer nur beispielhaft bleiben. Das BVerfG führt in BVerfGE 6, 1 6 als Beispiele gemeindlicher Selbstverwaltung auf: "Kulturelle Aufgaben wie Theater, Museen usw., Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, Krankenhäuser, Sportanlagen, Jugendherbergen, Altersheime; die Unterhaltung von Handelsschulen, Fachschulen, Wasserversorgung, Meldewesen, Einrichtung und Erhaltung der Volksschulgebäude und der Berufsschulen, Straßen-, Kassen-, Haushalts- und Rechnungswesen." Das VG Münster nennt in seiner Entscheidung vom 18.12.1962 Wirtschaftsförderung[33].

Gerade die zuletzt erwähnte Entscheidung läßt erkennen, daß die Allzuständigkeit der Gemeinde mit einer Aufzählung der Einzelzuständigkeiten nicht erfaßt wird. Das VG Münster zählt zum gemeindlichen Wirkungskreis im Rahmen der freien Leistungsverwaltung zur Daseinsvorsorge i.S. des § 2 GO NW die Wirtschaftsförderung, eine Aufgabe, die in der Vergangenheit zwar schon vorhanden, aber erst in der Gegenwart mit einer bewußten Strukturpolitik der Gemeinden zu einem echten Schwerpunkt der Selbstverwaltung des gemeindlichen Wirkungskreises vieler Gemeinden geworden ist[34].

---

vielleicht hochpolitischen Fragen Resolutionen faßt oder für oder gegen eine Politik Stellung nimmt, die sie nicht als einzelne Gemeinde betrifft, sondern der Allgemeinheit... eine Last aufbürdet oder allgemeinen Gefahren aussetzt" (BVerfG zur Befragung über Atombewaffnung in hessischen Gemeinden).

[32] Vgl. die Aufzählung der Selbstverwaltungsaufgaben durch das niedersächs. Gesetz zur vorläufigen Regelung einiger Punkte des Selbstverwaltungsrechts vom 28.5.1947 und Erste Ausführungsanweisung vom 10.7.1947. Vgl. weiter die Übersicht über kommunale Auftragsangelegenheiten in 7 Ländern der BRD (insgesamt 150 staatliche Auftragsangelegenheiten der Gemeinden und Gemeindeverbände lt. Stat. Bundesamt) bei Erich Becker, Kommunalverfassung und

An diesem Beispiel wird offenbar, daß der gemeindliche Zuständigkeitskreis nicht feststeht, sondern daß die Gemeinde neue Schwerpunkte ihrer Aufgaben setzen kann. Ebenso besteht das Recht auf Übernahme neuer, bisher noch nicht gekannter Aufgaben (Recht auf Spontaneität[35]). Die Zuständigkeit des kommunalen Wirkens steht somit nicht ein für alle Mal fest.

Zwar ist das Prinzip der Universalität selbst der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen, auch ist der Inhalt der Universalität (die einzelnen Zuständigkeiten) nicht von der Auffassung des jeweiligen Gesetzgebers abhängig[36], sondern davon, was tatsächlich an öffentlichen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft entspricht[36a]. Es gibt jedoch viele Faktoren, die eine örtliche Aufgabe zu einer überörtlichen werden lassen, z.B. wenn technische Entwicklungen eine überörtliche Lösung einer ursprünglich gemeindlichen Aufgabe notwendig machen, wie die zentrale Abwasserbeseitigung oder Elektrizitätsversorgung[37]. Diesen sich aus der Natur der Sache ergebenden Zuständigkeitsänderungen[37a] stellt das Prinzip der Universalität kein Hindernis entgegen. Es handelt sich nicht um eine statusquo-Garantie[38], die Gemeinde

---

Kommunalverwaltung, in Die Verwaltung Bd. 8 1957 S. 38 ff.

33 DÖV 1963 S. 622.

34 Diese Frage ist bei den kleinen Gemeinden im Rahmen der Landesentwicklung sehr umstritten. So stellt Detlef Marx, Landesentwicklung S. 78 ff. auf ein wachstumspolitisches Minimum an Infrastruktureinrichtungen ab, daß erst bei 50.000 Einwohnern hinreichend ausgelastet ist.

35 Stern, BK Art. 28 Rdn. 87.

36 Erich Becker, HKWP S. 149 unter beispielhafter Ausführung von BVerfGE 1, 167 ff. (Offenbach-Urteil)

36a Von dieser Fragestellung ist zunächst unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinden auszugehen. Vgl. zu dieser Teil B.

37 Gönnenwein, Gemeinderecht, 1963 S. 36.

37a Vgl. dazu näher S. 96 ff., 165 ff.

wird vor Wanderungsprozessen[39] nicht geschützt.

Eine Erfassung der Allzuständigkeit durch eine Einzelaufzählung erscheint nicht möglich. Es ist bisher jedoch ebenfalls nicht gelungen, die kommunalen Aufgaben mit Hilfe des Kriteriums "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" entsprechend dem Wortlaut des Art. 28 II GG festzulegen. Zumindest stimmt eine wörtliche Anwendung dieses Merkmals mit der Verwaltungswirklichkeit nicht überein[39a]. Weite Verwaltungszweige, die mindestens teilörtlichen Charakter haben, sind dem gemeindlichen Wirkungskreis entzogen. Dies geht über die traditionell staatlichen Bahn-, Post- und Finanzverwaltungen hinaus. So erstreckt sich die bundeseigene Verwaltung auf die Arbeitsverwaltung, bestimmte soziale Versicherungsträger und andere in Art. 87 GG erwähnte Sonderverwaltungen des Bundes. Auf Landesebene gibt es die Sonderverwaltungen auf den Gebieten des Schulwesens, des Finanzwesens, der Rechtspflege und für den sozialen Bereich[40].

Im Dritten Reich wurden zahlreiche Verwaltungen des örtlichen Bereichs verstaatlicht, wie z.B. die Gesundheits-, Veterinär- und Katasterämter. Die 1945 einsetzende Reaktion versuchte übertriebene Aussonderungen rückgängig zu machen. Diese Bestrebungen hatten in den einzelnen Ländern zum Teil Erfolg. In Nordrhein-Westfalen wurden durch das Eingliederungsgesetz vom 30.4.1948 die oben genannten Behörden wieder in die Kreis- und Stadtverwaltungen überführt. Viele örtliche Aufgaben sind jedoch bei der Staatsverwaltung geblieben[41].

---

38 Stern, AfK 1964, 94.

39 Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 51.

39a Schwierigkeiten bereitet dieses Merkmal z.B. in § 2 Abs. 1 nwLKrO; vgl. OVG Münster, DVBl. 66, 342.

40 Vgl. dazu und zum folgenden Partsch S. 305.

41 Partsch S. 306 führt dazu Beispiele aus verschiedenen Bundesländern an.

Darüberhinaus wurden im nationalsozialistischen Einheitsstaat viele Gesetze auf den zentralistischen Vollzug zugeschnitten. Diese Gesetze gelten im Rahmen der Art. 124, 125 GG fort. Ein Beispiel ist das Personenstandsgesetz vom 3.4.1936, das organisationsrechtliche Vorschriften für die Gemeinden vorsah. Das Gesetz galt bis 1957. In der Novellierung wurden die organisationsrechtlichen Vorschriften unverändert übernommen[42].

3. Die Beschränkung wichtiger Gemeindehoheiten

Ein wesentliches Merkmal der Selbstverwaltungsaufgaben ist die in Art. 28 II GG ausdrücklich garantierte Eigenverantwortlichkeit. Dies ist das Recht, die Aufgaben "ohne Weisung und Vormundschaft des Staates so zu erfüllen, wie dies nach Maßgabe der Rechtsordnung zweckmäßig erscheint"[43]. Aus der Eigenverantwortlichkeit ergeben sich zusammen mit der Allzuständigkeit die wichtigsten Hoheitsrechte der Gemeinden: Die Gebietshoheit, die Personalhoheit, die Finanzhoheit, die Rechtsetzungshoheit (i.V. mit dem Wortlaut des Art. 28 II GG "regeln")[44]. Die Gebietshoheit und die Personalhoheit sollen kurz gestreift werden.

a) Eine Grundlage für die Ausübung der Gebietshoheit der Gemeinde ist die in dem Begriff Planungshoheit zusammengefaßte Berechtigung, Flächennutzungspläne, Bebauungspläne (§ 2 I BBauG), Fluchtlinien u.a. zu schaffen[45]. Eine Einschränkung ergibt sich nach § 4 I, II BBauG. Die einzelnen Gemeinden können nicht mehr tätig werden, wenn sie zu Planungsgemeinschaften zusammengeschlossen sind.

---

[42] Rüdiger Göb, Bund und Gemeinden S. 110.

[43] E. Becker, Grundrechte IV/2 S. 718 ff.

[44] Zur Gebiets-, Finanz- und Personalhoheit vgl. Elleringmann, Grundlagen S. 25 ff.

[45] Gönnenwein, Gemeinderecht S. 76.

Abgesehen von einer Einschränkung auch durch Genehmigungsvorbehalt (z.B. § 6 BBauG) kann die gemeindliche Planungshoheit durch die Landesplanungsgesetzgebung eingeschränkt werden[46]. Der gemeindlichen Planung kann ein Rahmen gesetzt werden, der sich aus überörtlichen Gesichtspunkten ergibt, sofern der örtlichen Gemeinschaft ausreichende Gelegenheit zu eigenverantwortlicher Entwicklung bleibt[47]. Daneben ist die Möglichkeit des Gesetzgebers, das Gebiet der Gemeinde zu ändern, ein starker Eingriff, da das Gebiet der einzelnen Gemeinde vom Grundgesetz nicht garantiert wird[48].

b) Im Bereich der Personalhoheit hat der Gesetzgeber die stärksten Einschränkungen der gemeindlichen Zuständigkeit vorgenommen (vgl. Art. 33, 34, 137 I GG)[49]. Die Befugnis zur eigenverantwortlichen Ausgestaltung des kommunalen Personalwesens umfaßt das "ob" und das "wie" des Einsetzens von personellen Kräften[50].

Das Gemeindebeamtenrecht wird traditionell durch staatliches Gesetz geregelt, (Vgl. das Preußische ALR, das Preußische Kommunalbeamtengesetz, das BRRG und das Landesbeamtengesetz NW). Regelungen auf den Gebieten des Besoldungsrechts, der Laufbahnvorschriften und des Personalvertretungsrechts usw. stehen den Gemeinden nicht zu[51]. Die Rechtsprechung[51a] hat versucht, in sporadischen Entscheidungen den Wesenskern der Personalhoheit einzugrenzen.

---

46 z.B. das Landesplanungsgesetz NW von 1962 gibt ein Anpassungsrecht der Bauleitpläne an die überörtliche Planung (§ 18).

47 BVerwGE 6, 342.

48 Vgl. VerfGH NW in OVGE 14, 372.

49 Zur Rechtsprechung bezüglich der Personalhoheit sehr kritisch E. Becker, Grundrechte IV/2 S. 722.

50 Vgl. Rechtsprechung und Literatur bei Stern, BK Art. 28 Rdn. 97, 147; Gönnenwein, Gemeinderecht S. 51.

51 Vgl. zum folgenden Stern, BK Art. 28 Rdn. 148, 149

Als unantastbare Zuständigkeiten bleiben von der Allzuständigkeit nur noch die Dienstherreneigenschaft selbst, die Auslese, Ernennung und Entlassung von Gemeindebeamten, die Feststellung des Ernennungsorgans und des Dienstvorgesetzten, der Entscheid über die hauptamtliche oder ehrenamtliche Besetzung leitender Stellen[52a], die Schaffung von Planstellen[52]. Ob dieser Zuständigkeitsrest noch die Personalhoheit ausmacht, ist äußerst fraglich[53]. Von Universalität in diesem Teilbereich kann man auf keinen Fall sprechen.

Auf die Finanzhoheit wird in Teil B eingegangen.

4. Eingriff in die Allzuständigkeit durch die staatliche Aufsicht

a) Allgemeine Kommunalaufsicht

Der unausgefüllte Organisationsbegriff Allzuständigkeit kann durch eine Aufsicht nicht beschränkt werden, da auch bei einer totalen staatlichen Lenkung die Aufgaben immer noch von Gemeindebehörden ausgeführt werden könnten. Wesentliches Merkmal der kommunalen Allzuständigkeit ist die Eigenverantwortlichkeit. Diese eigenverantwortliche allseitige Zuständigkeit wird durch die staatliche Aufsicht eingeschränkt. Da innerstaatliche Gliederung nicht Ausgliederung aus dem Staat bedeutet, sondern die Gemeinden nur die dezentralisierte Vollziehung der Staatsgewalt ausüben, müssen sie in gliedschaftlicher Disziplin zum Gesamtverwaltungssystem gehalten werden. Staatsaufsicht und Gemeindefreiheit bilden daher ein Korrelat[54]. Diese allgemeine Kommunalaufsicht ist in den Landesverfassungen und Gemeindeordnungen gere-

---

[51a] Vgl. bei Stern, BK Art. 28 Rdn. 97, 147.

[52] Gönnenwein, Gemeinderecht S. 123.

[52a] gem. §§ 57, 60 GO NW nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

[53] Gönnenwein, Gemeinderecht S. 124.

[54] Köttgen, HKWP S. 218.

gelt (z.B. Art. 78 Abs. 4 Verf NW, §§ 106 ff. GO NW). Es wird sogar die These vertreten, daß das Grundgesetz eine Kommunalaufsicht verlangt[55].

Die Staatsaufsicht im engeren Sinne besteht aus der Rechtsaufsicht und der Fachaufsicht. Mit der Rechtsaufsicht werden gesetzwidrige Maßnahmen verhindert und gesetzliche Pflichten zur Erfüllung gebracht. Sie wirkt repressiv und aktualisiert die durch Rechtssätze ausgeformte Ordnung des politischen Gemeinwesens. Durch die Rechtsaufsicht sind die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft daher nicht der eigenverantwortlichen Erledigung entzogen.

b) Fachaufsicht

Den größten Teil[56] der gemeindlichen Aufgaben bilden nicht mehr die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises, in dem die Gemeinden eigenverantwortlich tätig werden können, sondern der Bereich der übertragenen Staatsaufgaben. Nach der oben dargestellten Anschauung von der Einordnung der Gemeinde in den Staat muß man es für durchaus legitim halten, wenn der Staat überörtliche Aufgaben für einen die Gemeinde betreffenden Teilbereich von der Gemeinde erledigen läßt. Zwar kann man die Gemeindebehörde in diesem Fall nicht als Behörde des Staates ansehen, wie das noch durch die Städteordnung von 1808 erfolgte[57], im Grundsatz bedient sich jedoch der Staat der gemeindlichen Behörden.

Das Eingriffsrecht des Staates ist in diesem Falle auf die Fachaufsicht beschränkt. Dies wird auch nicht dadurch geändert, daß in einigen Ländern (Art. 78 Abs. 4 Verf NW) dem Weinheimer Entwurf folgend[58], alle gemeindlichen

---

[55] Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, 1967, S. 123.

[56] Vgl. Aufstellung bei Obermayer, Verwaltungsr. S. 263.

[57] § 166 Städteordnung; siehe Gönnenwein, Gemeinderecht S. 205.

[58] Vgl. die Einführung Loschelder's S. 15 zu: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Schriften-

Aufgaben dem gemeindlichen Wirkungskreis angehören sollen, als freiwillige Aufgaben, als Pflichtaufgaben und als Pflichtaufgaben nach Weisung. Die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung in Nordrhein-Westfalen sind weder Selbstverwaltungs- noch Auftragsangelegenheiten[59]. Dies ist in der Literatur streitig, kann hier jedoch dahinstehen.

Neu ist lediglich, daß den Gemeinden weitgehend nun auch ein Rechtsschutz gegenüber den Maßnahmen der Fachaufsicht zukommt.

Zwar geht der staatliche Gesetzgeber immer mehr dazu über, freiwillige Aufgaben der Gemeinden zu Pflichtaufgaben zu machen (z. B. Schulträgerschaft, Schulbaulast, Straßenbaulast, Bauleitplanaufstellung)[60] und schreibt in engen Grenzen zum Teil Durchführung und Verfahren vor. Dabei wird jedoch im allgemeinen nur die Frage geregelt, ob die Gemeinde eine Aufgabe wahrzunehmen hat, was ihr jedoch bei diesen dringlichen Aufgaben in Wirklichkeit nicht mehr freisteht[61].

Die Allzuständigkeit wäre somit nicht berührt, wenn die Fachaufsicht (auch die Weisungen bei Pflichtaufgaben) sich wirklich nur auf die außerhalb des örtlichen Wirkungskreises liegenden Aufgaben beschränken würde.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Kreis der Angelegenheiten, bei denen der Staat ein umfangreiches Weisungsrecht hat, ist das Ergebnis eines historischen Ansammlungs-

---

reihe des Verbandes für Kommunalwissenschaften, Berlin Bd. 9.

[59] OVG Münster, Kottenberg-Steffens Rspr. Nr. 6 zu § 2 GO und Nr. 3 zu § 3 GO NW.

[60] Weitere Hinweise bei Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 91 ff.

[61] Dazu Stern, BK Art. 28 Rdn. 92, 142

prozesses[62] von Zuständigkeiten, die im monarchistischen Verwaltungsstaat aus Machtgründen, die zentralistische Bürokratie in Ausnahmezuständen, Krisen, totaler Mobilmachung und Kriegen in Anspruch nahm und im Dritten Reich mit der Begründung einer Zentralisierung dem Staat zugeführt wurden.

Hinzu kommt, daß versorgungsstaatliche Gedanken diese Entwicklung verstärkten, da die Leistungskraft der Gemeinden oft nicht ausreicht, aber auch aus anderen Gründen, wie Angleichung der Lebensverhältnisse usw.

Der Umfang dieser zum Teil örtlichen Aufgaben hat sich ständig vermehrt[56], und eine Abgrenzung der Auftragsangelegenheiten von den gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben ist nicht klar erkennbar[63]. Insbesondere in den Ländern, die die Unterscheidung in eigene und übertragene Aufgaben beibehalten haben[64], sind Aufgaben dem übertragenen Wirkungskreis zugeordnet worden, die bei natürlicher Betrachtungsweise als "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" durchaus zum eigenen Wirkungskreis gehören müßten (in Bayern z.B. die Aufgaben der Flüchtlingsbetreuung, der Wohnraumbewirtschaftung, des Gesundheitswesens, des Veterinärwesens u.a.).

In den Ländern Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg gelang es, durch die neue Einteilung in freiwillige und Pflichtaufgaben und Ausgestaltung eines Teils der Pflichtaufgaben mit gesetzlich genau vorgeschriebenen Weisungsmöglichkeiten eine nachprüfbare Abgrenzung zu schaffen. Ob dies der Gemeinde zugute kommt, ist jedoch fraglich, wenn man wie in Nordrhein-Westfalen in der Landesverfassung und in der Gemeindeordnung auf das Abgrenzungsmerkmal "Aufgaben der örtlichen Gemein-

---

[62] Vgl. Werner Weber, DÖV 1948 S. 24, Partsch, Festschrift für Bilfinger S. 307.

[63] Vgl. Aufstellung der übertragenen Aufgaben durch das Bayerische Innenministerium; siehe bei Partsch, Festschrift f. Bilfinger S. 307.

[64] Bayern, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz

schaft" verzichtet[64a]. Auf diesem Wege kann es gelingen, auch für Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft eine unzulässige Fachaufsicht zu begründen, in dem man die Selbstverwaltungsaufgaben als Pflichtaufgaben hinstellt. Man vergleiche dazu Art. 78 Abs. 4 S. 2 Verf NW:"Das Land kann sich bei Pflichtaufgaben ein Weisungs- und Aufsichtsrecht nach näherer gesetzlicher Vorschrift vorbehalten." Solche Gesetze werden im Zweifelsfalle unter Berufung auf "den Rahmen der Gesetze" in Art. 28 Abs. 2 GG erlassen. Eine solche Erweiterung der Rechtsaufsicht ist mit dem Prinzip der Allzuständigkeit nur schwer zu vereinbaren. Eine andere Frage ist, ob diese Aufsichtsmittel staatspolitisch notwendig sind[65].

Abgesehen davon, daß die Weisungen zum Teil auch in den Bereich der nur örtlichen Aufgaben eingreifen, bleiben neben dieser Neuordnung, die einer veränderten Grundauffassung Staat - Gemeinde entspringen soll[66], die durch Bundesgesetz übertragenen Aufgaben bestehen.

Somit bleibt festzustellen, daß durch die übergreifende Fachaufsicht (bzw. Weisungen) eine weitere Schmälerung der Universalität erfolgen kann. Dieser Eingriff tritt jedoch hinter der im folgenden angesprochenen Juridifizierung der Verwaltung mehr und mehr zurück.

c) Der Genehmigungsvorbehalt

Als ein bedenklicher Eingriff in die gemeindliche Universalität erscheint zunächst die vorbeugende Aufsicht des

---

[64a] dieses Merkmal wird nur in § 2 nwLKrO gebraucht.

[65] Erich Becker, Grundrechte IV/2 S. 737.

[66] Vgl. Dietrich Jesch, Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, DÖV 1960, 739. Jesch gibt m.E. mit seiner Auffassung, es gäbe keine staatlichen Aufgaben im überkommenen Sinne mehr, einfach an der tatsächlichen Lage in der Praxis vorbei (vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht S. 108 Fn. 135) und übersieht zudem die alten Auftragsangelegenheiten z.B. aus Bundesgesetzen.

Staates. Es handelt sich dabei um die vielgestaltige Mitwirkung des Landes in Form von Genehmigungen, Einverständnissen, Zustimmungen, Vorlagepflichten, Zulassungen, Bestätigungen, Kenntnisnahmen und dergleichen[67]. Die GO NW z.B. enthält eine ganze Reihe dieser Vorbehalte[68]. Bedeutungsvoll ist auch die Genehmigungspflicht der Realsteuerhebesätze bezüglich der Höhe usw.

Der Genehmigungsvorbehalt bei eigenen Aufgaben bzw. weisungsfreien Pflichtaufgaben wird von einem Teil der Lehre nur im Bereich der Gesetzmäßigkeitskontrolle als verfassungsmäßig anerkannt[69], da die Landesverfassungen für die Kommunalaufsicht grundsätzlich die Rechtsaufsicht normieren (z.B. Art. 78 Abs. 4 Verf NW).

Die Rechtsprechung[72] [70] hat jedoch eine stärkere Stellung der Staatsbehörden auch bei diesen Genehmigungsvorbehalten mit Rücksicht auf die geschichtlich entwickelte Form der Aufsicht in der deutschen Selbstverwaltung anerkannt[71] und den Genehmigungsvorbehalt neuerdings als Gemeinwohlkontrolle gerechtfertigt[72].

Die Lehre hat sich mit dieser Lösung jedoch nicht zufriedengegeben[73] und aus dem staatskirchenrechtlichen Begriff der "res mixtae" bei wichtigen, auf Zweckaufsicht zielenden Genehmigungsvorbehalten im Bereich der an sich weisungsfreien Selbstverwaltungsaufgaben ein Mitwirkungsrecht des Staates wegen eigener Sachbeteiligung konstruiert[74], so z.B. bei der Genehmigung von

---

[67] Vgl. Berkenhoff, Kommunalverfassungsrecht, 1965, S. 218

[68] Vgl. Zusammenstellung von Berkenhoff, Kommunalverfassungsrecht.

[69] Gönnenwein, Gemeinderecht S. 100; Stern, BK Art. 28 GG Rdn. 137.

[70] Bei Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, 1967, S. 128; Klaus Müller, VerwArch. Nr. 54 (1963) S. 180 ff.

Grenzänderungsanträgen. Diese Meinung ist abzulehnen, da es sich letztlich um eine verkappte Ausordnung dieser Aufgaben aus dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinde handelt?[75]

Es bleibt somit festzustellen, daß nach der Rechtsordnung durch die Staatsaufsicht eine erhebliche Einschränkung der gemeindlichen Universalität erfolgt, die nur durch verstärkte Berücksichtigung der historischen Entwicklung als verfassungsmäßig angesehen werden könnte. Tatsächlich wird jedoch der Einfluß der Staatsaufsicht in der Verwaltungspraxis zunehmend geringer. Das Phänomen einer fortschreitenden Kommunalisierung hat insbesondere auf der Orts- und Kreisebene faktisch zu einer Lockerung der staatlichen Rechtsaufsicht geführt[76]. Die Staatsverwaltung zieht sich auf die Ministerialinstanz zurück und füllt die entstandene Lücke einmal durch bis ins einzelne gehende Verwaltungsgesetze[77] und zum anderen - und damit zusammenhängend - mit dem verbesserten Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit[78] auf. Durch die Juridifizierung (über den Gesetzgeber) und die Verwaltungsgerichtsbarkeit vermag der Staat die Rechts-

---

[71] Vgl. Müller, S. 182

[72] OVG Münster, OVGE 14, 372, 377.

[73] Werner Weber, a.a.O., S. 128.

[74] Im Anschluß an Salzwedel, Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, AfK 1962, 203 ff.

[75] Positiv beurteilt v. Unruh, Spannungen zwischen Staat und Selbstverwaltung, S. 459, diesen Gedanken, da er eine partnerschaftliche Verwaltung Gemeinde/Staat fördere. Dies ist jedoch keine Grundlage für eine Zuständigkeitsabgrenzung.

[76] Vgl. Menger, Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, DÖV 1969, S. 153 ff., 160.

[77] Juridifizierung der Verwaltung in Anlehnung an den angelsächsischen Sprachgebrauch und wegen der Vieldeutigkeit des Ausdrucks Justizförmigkeit; vgl. insbesondere mit dem Sprachgebrauch bei Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 133.

aufsicht und auch die Fachaufsicht in äußerst wirksamer Weise zu ersetzen. Die staatliche Einflußnahme durch Juridifizierung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist damit die Kernfrage der gemeindlichen Allzuständigkeit. Auf sie wird noch einzugehen sein (vgl. S. 75 - 95).

5. Einschränkung der Allzuständigkeit durch Zuständigkeit des Kreises

a) Kriterien für eine Zuständigkeitsabgrenzung

Die Aufgabenzuweisung an die Landkreise erfolgt in der Regel durch Generalklauseln. In Nordrhein-Westfalen sind die Landkreise ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung (§ 2 KreisO NW); sie haben die auf ihr Gebiet begrenzten überörtlichen Aufgaben wahrzunehmen. Es besteht also auch bei den Kreisen eine Allzuständigkeit, beschränkt auf die überörtlichen Aufgaben; aber mit folgender Besonderheit: Während in anderen Bundesländern, z.B. Bayern[79], die Zuständigkeit des Kreises mit dem Subsidiaritätsgedanken verknüpft ist, nämlich, daß dem Kreis nur die Aufgaben zufallen, die die Zuständigkeit und Leistungskraft der Gemeinden übersteigen, erfolgt in Nordrhein-Westfalen eine strenge Aufgabenzuteilung nach örtlichen und überörtlichen Aufgaben, wobei jedoch Aufgaben, die durch kommunale Zweckverbände gelöst werden können, ausdrücklich bei den Gemeinden verbleiben (§ 2 Abs. 1 S. 3 LKrO NW).

b) Die Kriterien des OVG Münster

Eine wesentliche Klärung in der Abgrenzung von örtlichen und überörtlichen Aufgaben wird der Entscheidung

[78] Menger, a.a.O., spricht von der "Staatsaufsicht im richterlichen Gewande".

[79] Bayer. LKrO Art. 1, 4; vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht S. 389 mit weiteren Nachweisen

des OVG Münster[80] zugeschrieben[81]. Das OVG ist bei der Abgrenzung der gemeindlichen Zuständigkeit von der Zuständigkeit des Kreises der Meinung, daß

1) eine bestimmte Aufgabe der Verwaltung nicht generell als örtlich, eine andere als überörtlich angesehen werden kann,
2) der Entscheidung im Konflikt zwischen Aufgaben des Kreises und der kreisangehörigen Gemeinden Prinzipien zugrunde zu legen sind, aus deren gegenseitiger Abwägung im Einzelfall die Entscheidung über die Zuständigkeit des Kreises oder der Gemeinde gewonnen werden muß: das Regionalprinzip, das Subsidiaritätsprinzip, die Ausgleichsfunktion der Landkreise und das Prioritätsprinzip.

Die Feststellung des Satzes eins ist deshalb bedeutsam, weil das Selbstverwaltungsrecht für Gemeinden aller Größen gewährt wird, und es daher von den besonderen Problemlagen und Interessen einer örtlichen Gemeinschaft abhängt[82], insbesondere von der eigenen Leistungskraft der Gemeinde (§ 18 I GO NW). Bei Betrachtung der vom OVG Münster zu Satz zwei aufgestellten Prinzipien fällt zunächst auf, daß sie alle nichts mit dem konkreten Selbstverwaltungsprinzip zu tun haben, das nach dem Grundgesetz allein eine unabhängige Verwaltungseinheit im demokratischen Staat legitimiert[82a]. Das Regionalprinzip gilt für jede Verwaltungsbehörde, die bindende Entscheidungen für die Umwelt trifft, ist jedoch z.T. durchbrochen, auf jeden Fall jedoch kein Abgrenzungs-

---

80 E vom 20.10.1965, DVBl. 1966 S. 342 ff.

81 So das Sachverständigengutachten Schleswig-Holstein S. 204.

82 Zu dieser Frage fällt auf, daß die Gemeindeordnungen und Landkreisordnungen von örtlichen oder überörtlichen Angelegenheiten sprechen, z.B. § 2 nw GO, im Gegensatz zum Art. 28 Abs. 2 GG, der örtlichen Gemeinschaft spricht. Beide Bezeichnungen werden unterschiedslos gebraucht. Weiteres dazu siehe unten.

82a Hier soll nur kurz die Problemstellung aufgezeigt werden./ vgl. S. 143-182

kriterium für sich überlagernde Gebietsköperschaften[83].

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Prinzip, das sich allein am Leistungsvermögen der im Streit stehenden Verwaltungsträger orientiert[83a], nicht jedoch nach der materiell durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Zuständigkeit der örtlichen Gemeinschaft[83b].

Die Ausgleichsfunktion der Landkreise gibt ebenfalls kein materielles Abgrenzungskriterium für die Zuständigkeiten der Gemeinden[83c].

Das Prioritätsprinzip ist nur dort als Rechtssatz anwendbar, wo ohne seine Anwendung ein gesetzesfreier Raum bestände[84]. Dies kann bei der gerade auf die einzelne Gemeinde bezogene Abgrenzung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und Angelegenheiten der überörtlichen Gemeinschaft nicht behauptet werden, auch wenn es der Rechtsprechung schwer fällt, das Selbstverwaltungsprinzip konkret zu formulieren.

Es kann nicht geleugnet werden, daß das leistungsorientierte Subsidiaritätsprinzip oder die Ausgleichsfunktion der Kreise oder das konservierende und damit Konflikte vermeidende Prioritätsprinzip eine rationale und reibungslose Zuständigkeitsverteilung fördern. Diese daher notwendigen Prinzipien können jedoch erst auf dem allein legitimierenden materiellen Grundgedanken "Selbstverwaltung" aufbauen.

Die allein richtige Abgrenzung der örtlichen Allzuständigkeit der Gemeinde von der überörtlichen Allzuständigkeit des Kreises auf der Grundlage des Selbstverwaltungsprinzips erscheint jedoch solange kein brauchbares Kriterium zu sein, als wegen der Leistungsschwäche vieler kleiner

---

[83] Wagener's Anmerkung zu obigem Urteil in DVBl. 1966 S. 345 ff.

[83a] Vgl. S. 120 - 123.

[83b] Vgl. Teil C: "Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz".

[83c] Vgl. dazu weiter S. 151 - 153.

[84] Wagener a.a.O.

Gemeinden in Wirklichkeit bei diesen das Selbstverwaltungsprinzip gar nicht durchgesetzt werden kann und deshalb - so auch in NW - das Subsidiaritätsprinzip durchschlägt[85]. Bei den vom OVG Münster herausgestellten Kriterien kann es sich nur um eine hilfsweise Zuständigkeitsordnung handeln, solange die für eine Selbstverwaltung geeigneten leistungsfähigen untersten Verwaltungseinheiten generell noch nicht vorhanden sind und daher eine grundlegende verbindliche Formulierung des Selbstverwaltungsprinzips ins Leere stoßen muß[86].

c) Besondere Abgrenzungsprobleme

Da der Kreistag von den Bürgern der kreisangehörigen Gemeinden gewählt wird, hat die Gemeindeverwaltung nicht die Stellung eines Verbandsmitgliedes, so daß die Gemeinde auf die Selbstverwaltung des Kreises keinen Einfluß hat. Jedoch entsteht in der Regel aus der Verzahnung der beiden Aufgabenkreise eine vertrauensvolle Zusammenarbeit. Dies ist umsomehr der Fall, je mehr die Kreisverwaltung bei einer leistungsschwachen Gemeinde mit Rat und Tat Unterstützung leistet.

Bei den kreisangehörigen Städten mit eigener Verwaltungskraft entstehen indes häufig Spannungen, insbesondere, wenn sie nicht im Zentrum des Kreises liegen, sondern am Rande eines Ballungsgebietes sich selbst auf eine angrenzende Großstadt ausrichten. In diesem Fall trägt die kreisangehörige Stadt zwar den Hauptteil der Kreisumlage, die Hauptprobleme der Aufgaben und Ausgaben aber treten im Verhältnis zur Großstadt auf[87].

Hier taucht die Frage auf, ob bei den kreisangehörigen Städten im Ballungsrandbereich die Zuständigkeitsver-

---

[85] Dies ergibt sich aus § 18 I GO NW und § 16 I LKrO NW.

[86] Vgl. die Abgrenzung bei Wagener, Gemeindeverwaltung und Kreisverwaltung, AfK 64, 242.

[87] Thieme, Verwaltungslehre, S. 138 ff.

teilung in gleicher Weise erfolgen soll, wie bei einer kleineren Landgemeinde, oder ob diese Städte die zwar überörtlichen, aber nicht den Kreis, sondern die benachbarte Großstadt betreffenden Aufgaben mit dieser selbst statt über den Kreis regeln sollen. Da die Verwaltung heute in hohem Maße raumbezogen ist[88], muß sich die Gemeinde in größere Planungen einfügen. Die großen Planungen der Ballungszonen und Ballungsrandzonen gewinnen zunehmend an Bedeutung und somit deren Vollzug durch die betroffene Gemeinde. Es erscheint daher notwendig, die leistungsfähigen Städte in den Ballungsrandzonen gegenüber dem eigenen Kreis in der Aufgabenzuständigkeit unabhängiger zu machen, jedoch gegenüber der benachbarten Großstadt die Bereitschaft zur Koordination und zur Zusammenarbeit zu erzwingen. Es ist daher auch rechtlich in der Aufgabenabgrenzung gegenüber dem Kreis und anderen Gebietskörperschaften zwischen Gemeinden in den ländlichen Zonen und Gemeinden in den Ballungsrandgebieten zu unterscheiden.

6. Begrenzung der Allzuständigkeit durch die Leistungsschwäche der Gemeinden

Der den Gemeinden rechtlich zustehende Bereich für eine eigenverantwortliche Tätigkeit kann von einer Vielzahl von kleinen Gemeinden wegen fehlender Leistungskraft nicht ausgefüllt werden. "Die an Zahl weit überwiegende Masse der (dörflichen) Gemeinden ist in ihrem Zuschnitt, d.h. in der finanziellen und personellen Verwaltungskraft so bescheiden, daß sie den Erwartungen, die heute von der Bevölkerung dem kommunalen zivilisatorischen Standard entgegengebracht werden, nicht mehr genügen können[89].

[88] Thieme, a.a.O. S. 123.

[89] Werner Weber, Gutachten zum 45. Dt. Juristentag S. 4; vgl. dazu die empirischen Untersuchungen von Kraft, Die erforderliche Grundausrüstung I; Kraft und Rosenbaum, Die erforderliche Grundausrüstung II.

Die Leistungsschwäche der Gemeinden ergibt sich einmal aus der mangelnden Ausstattung mit Finanzmitteln und zum anderen aus der ungünstigen Verwaltungsstruktur (über 23.000 Gemeinden mit weniger als 5.000 Einwohnern in der BRD), durch die ein wirtschaftlicher Mitteleinsatz nicht gewährleistet ist. (Vgl. Fußnote 29 mit weiteren Nachweisen.)

Ein weiterer Grund liegt auch darin, daß bisher öffentliche Staatsaufgaben organisations- und kompetenzrechtlich auf die Gemeinden abgewälzt wurden. Die Auslastung der Gemeindeverwaltung mit staatlichem Gesetzesvollzug beeinträchtigt das Selbstverwaltungsrecht weit mehr als die staatliche Aufsicht oder die Verlagerung von Aufgabenzuständigkeiten[90].

IV. Die Allzuständigkeit im Rahmen der Gesetze

Die Allzuständigkeit der Gemeinden ist rechtlich und tatsächlich stark eingeschränkt. Es ist zu prüfen, ob diese Einschränkungen von der Klausel des Art. 28 Abs. 2 GG "im Rahmen der Gesetze" gedeckt sind. Das verfassungsmäßig garantierte Selbstverwaltungsrecht durch Gewährleistung der Allzuständigkeit hat seine Grenzen, da die Gemeinde nicht in einem staatsfreien Raum lebt[91]. Als Glied in einem stufenförmigen Staatsaufbau ist der Gemeinde die teilweise Vollziehung der Staatsgewalt von der Verfassung übertragen worden. Diese durch Gewährung der Allzuständigkeit normierte Zuständigkeitsordnung muß dem Staat gegenüber abgegrenzt sein. Diese Grenzen sind in Art. 28 Abs. 2 GG mit den Worten "im Rahmen der Gesetze" angedeutet. Aus dem Grundgesetz geht nicht hervor, ob es sich dabei um einen Zuständigkeitsvorbehalt oder eine Zuständigkeits-

---

[90] Köttgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, 1957, S. 40; Maunz-Dürig, Art. 19 III Rdn., 38.

[91] Gönnenwein, Gemeinderecht S. 49.

vermutung handelt.

Es war lange Zeit streitig, ob das Recht der Gemeinde auf eigenverantwortliche Regelung der örtlichen Gemeinschaft für den Gesetzgeber unantastbar ist, also einen Zuständigkeitsvorbehalt den Gemeinden einräumt[92], oder ob der Gesetzgeber durch Gesetz auch in die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft eingreifen darf, es sich bei dem Selbstverwaltungsrecht nur um das Recht auf Erhaltung eines Wesenskerns der Selbstverwaltung und darüberhinaus nur um eine Zuständigkeitsvermutung handelt[93].

Die erste Meinung ordnet die Worte "im Rahmen der Gesetze" den nachfolgenden "in eigener Verantwortung regeln" zu und bezieht sich nicht auf "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft". Diese nur sprachlich überzeugende Zuordnung kommt zu dem Ergebnis, daß sämtliche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft subtraktionslos von den Gemeinden in eigener Verantwortung geregelt werden können. Dem Gesetzgeber sei nicht gestattet, den Gemeinden bestimmte Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wegzunehmen und überhaupt den Kreis dieser Angelegenheiten von sich aus abzuändern[94].

---

[92] So Genzer, Städtetag 1950 S. 314; Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung 1953, S. 49 ff.; Ipsen, Gemeindliche Personalhoheit, DÖV 1955 S. 225; Arndt, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1951 S. 299; Neuhoff, DÖV 1952 S. 259; GRAFE, DÖV 1955 S. 650.

[93] So die h.L.: Becker, Grundrechte IV/2 S. 715 ff.; Maunz-Dürig, Art. 28 Rdn. 31; Köttgen, HKWP S. 211 und die Rechtsprechung des BVerfG ab BVerfGE 1, 175 (Offenbach-Urteil); 7, 365; 8, 359; 9, 290; 11, 274; BVerwGE 2, 332; 6, 345; OVG Münster OVGE 8, 299. Keiner breiteren Erwähnung bedarf die nur noch vereinzelt vertretene Auffassung, die Selbstverwaltungsgarantie sei nur ein Programmsatz der Verfassung. So Anschütz, Komm. 14. Aufl. S. 583; Glum, AöR 17 S. 392 ff.; vgl. dazu Hohrmann a.a.O. S. 146, diese insbesondere zu Art. 127 WRV vertretene Meinung wurde schon von C. Schmitt mit seiner Lehre von den institutionellen Garantien der Verfassung widerlegt. (C. Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, S. 143 ff; Verfassungslehre § 14 IV S. 170). Dieser Auffassung widerspricht auch die Gewährleistungspflicht des Art. 28 Abs. 2 GG, sowie die Rechtswegeröffnung zum BVerfG über § 91 BVerfGG.

Eine solche Auslegung von der Unbeschränkbarkeit des gemeindlichen Wirkungskreises führt zu einem Umfang der Allzuständigkeit, der der tatsächlichen Verwaltungslage krass widerspricht. Die Entstehungsgeschichte und andere grundgesetzliche Zuordnungen (Post, Bahn, Finanzverwaltung, die als bundeseigene Sonderverwaltung auch teilweise örtlichen Charakter haben) sowie weitere staatliche Eingriffe prägen einen Zuständigkeitsbereich, der mit einem völlig uneinschränkbaren Wirkungsbereich der Gemeinden nicht übereinstimmt[95].

Einen uneinschränkbaren Aufgabenbereich kann man zwar annehmen, wenn man, wie Werner Weber, die gemeindliche Zuständigkeit nur auf die Vermögensverwaltung, Daseinsvorsorge und eigene Organisation beschränkt. Wenn man jedoch mit der herrschenden Lehre zu den traditionellen Aufgaben der deutschen Selbstverwaltung auch die Menschenführung und die obrigkeitliche Verwaltung rechnet[96], muß man, um nicht völlig praxisferne Theorien zu entwickeln, dem Gesetzgeber nach Art. 28 Abs. 2 GG das Recht zubilligen, auch in den Bereich der örtlichen Aufgaben einzugreifen.

---

[94] Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 50

[95] Übereinstimmend von Mangoldt-Klein, das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Art. 28 Abs. 3 GG.

[96] Partsch, Festschrift f. Bilfinger S. 304.

V. Der Kernbereich der Selbstverwaltung

1. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung

Es handelt sich nach dem bisher Gesagten nur noch um die Frage, inwieweit ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht gestattet ist, ohne es völlig zu entwerten[97].

Jeder Eingriff verlangt ein Gesetz, sei es, daß der Gesetzgeber unmittelbar durch das Gesetz den Selbstverwaltungsbereich regelt oder durch ein Gesetz die Grundlage für eine Rechtsverordnung oder einen Verwaltungsakt schafft[98]. Ein formelles Gesetz ist für den unmittelbaren Eingriff nicht erforderlich, da Art. 80 GG genügend Schutz gewährt[99]. In der Regel handelt es sich um Landesgesetze, da den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für den kommunalen Bereich fast ausschließlich zusteht.
Die Gesetze müssen jedoch einen von der institutionellen Garantie des Art. 28 II GG gewährten Kern der Selbstverwaltung aussparen. In Lehre[100] und Rechtsprechung[101] besteht Einigkeit, daß dieser Kernbereich nicht angetastet werden darf. Was zu diesem Kernbereich gehört, läßt sich nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des BVerfG[102] nicht in eine allgemein gültige Formel fassen. Es kommt auf den Einzelfall an. Bei der Bestimmung des Kernbereichs sei der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu

---

[97] h.M.; vgl. Literatur bei Stern, BK Art. 28 Rdnr. 114.

[98] Stern, BK Art. 28 Rdnr. 115; E. Becker, Grundrechte IV/2 S. 701.

[99] a.A.: Maunz-Dürig, Art. 28 Abs. 2, Rdnr. 31.

[100] Stern, BK Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 120; Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 32.

[101] BVerfGE 1, 167 ff., 175, 178; 7, 358 ff., 364; 8, 332 ff., 359; 9, 268 ff., 290; 11, 266 ff., 264; 17, 172 ff., 182; 21, 117 ff., 130; 22, 180 ff., 205; BVerwGE 6, 19 ff., 24.

[102] BVerfGE 23, 353 ff., 365.

tragen[103]. Das BVerfG knüpft zur Feststellung des Kernbereichs der Selbstverwaltung an Art. 127 WRV an. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich[104] hatte Art. 127 WRV in wegweisender Richtung dahin interpretiert, daß die Gesetzgebung die Selbstverwaltung nicht derart einschränken darf, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Schattendasein führen kann[105].

Dieser Auslegung des Art. 127 WRV ist bei der Bestimmung des Wesensgehaltes der Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen[106], da der Verfassungsgeber nach der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 GG weder über diesen historischen Inhalt hinausgehen, noch hinter ihm habe zurückbleiben wollen.

Damit erkennen das BVerfG und das BVerwG einen absolut geschützten Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts an. Doch ebenso wie die Bezeichnung dieses Kerns oder Wesensbereiches in Rechtsprechung und Lehre differiert[107], gehen auch die Meinungen auseinander, wie dieser Kernbereich so zu konkretisieren ist, daß er als Kriterium für eine bestimmte Norm anwendbar ist.

2. Der Rechtsgrund für die Wesensgehaltsgarantie

Strittig ist, woher der Rechtsgrund für die Garantie des Kernbereiches stammt, ob indirekt aus Art. 19 Abs. 2 GG oder direkt aus Art. 28 Abs. 2 GG.

---

[103] BVerfGE 17, 172, ff., 182.

[104] Entsch. vom 10./11. Dezember 1929 in Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 107.

[105] Diese Meinung wurde schon damals von einem Teil des Schrifttums vertreten, z.B. Forsthoff, Körperschaft, S. 103; Glum AÖR 17, 392.

[106] BVerfGE seit 1, 175; z.B. 23, 363 ff., 365; BVerwGE 6, 19 ff., 24.

[107] Lerche, Verfassungsfragen, S. 105 mit einigen Beispielen.

Während das BVerwG zunächst[108] mit der Bezeichnung Kernbereich eine Abgrenzung zu Art. 19 Abs. II GG vornimmt, spricht es später vom "Wesensgehalt"[109]. Zwar gewährt das GG wörtlich eine Wesensgehaltsgarantie nur für Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG). Daraus ist jedoch nicht abzuleiten, daß für die Selbstverwaltung ein solcher Bereich nicht besteht. Art. 28 Abs. 2 GG hat vielmehr diesen von der Rechtsprechung entwickelten Gedanken vorausgesetzt, so daß eine Betonung eines sicheren Wesensgehalts (wie in Art. 19 II GG für die Grundrechte) nicht mehr notwendig erschien. Darüberhinaus hat der Art. 19 Abs. 2 GG allgemeine Bedeutung. Er ist zwar nicht unmittelbar auf das Selbstverwaltungsrecht anwendbar, da sich das Verbot der Antastung des Wesensgehalts nur auf die Grundrechte im Sinne des GG beziehen kann und das Selbstverwaltungsrecht kein Grundrecht ist[110]. Gegen eine direkte Anwendung spricht schon der Wortlaut[111]. Art. 19 Abs. 2 GG kann jedoch entsprechend herangezogen werden[112]. Ob jedoch Art. 19 Abs. 2 GG oder der Begriff der institutionellen Garantie[113] Rechtsgrund der Begrenzung auf den Wesensgehalt ist, kann dahinstehen, da sich im Ergebnis Lehre und Rechtsprechung darüber einig sind, daß Gesetze nur dann verfassungsgemäß sind, wenn sie den Kern der Selbstverwaltung nicht schmälern[114].

3. Die Subtraktionsmethode

Das BVerwG[115] sowie z.T. die Verfassungsgerichte und obersten Verwaltungsgerichte der Länder[116] gehen bei der

---

[108] BVerwGE 6, 19 ff., 24.

[109] BVerwGE vom 13.3.1964, NJW 1964, 1537 ff., 1539.

[110] Ipsen, Gemeindliche Personalhoheit, DÖV 1955, 229.

[111] Hohrmann, Bundesgesetzliche Organisation, S. 150.

[112] Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 2 Rdn. 32; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 29; BayVGH DÖV 1958, 216 ff.,

[113] So insbes. E. Becker, Grundrechte IV/2 S. 271.

[114] Stern, BK Art. 28 Rdn. 120.

[115] Insbes. BVerwGE, 6, 19 ff., 25.

Bestimmung des Wesensgehaltes der Selbstverwaltungsgarantie nach der Subtraktionsmethode vor. Sie vergleichen den Gesamtbestand der Selbstverwaltungsaufgaben vor dem Eingriff mit dem verbleibenden Rest. "Ein unzulässiger Eingriff" in den Kern des Selbstverwaltungsrechts liegt nicht schon dann vor, wenn der Eingriff ein bestimmtes Sachgebiet betrifft, vielmehr bestimmt sich die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Selbstverwaltungsrecht ebenso wie die Zulässigkeit eines Eingriffs in ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht danach, was von dem Selbstverwaltungsrecht oder dem Grundrecht nach dem Eingriff noch übrig bleibt[117].

Wenn die Rechtsprechung und der ihr folgende Teil der Lehre zu dem Ergebnis kommen, daß die Selbstverwaltung keine Bestandsgarantie, sondern nur eine Wesensgarantie enthält, so ist ihnen zu folgen.

Das Recht der Selbstverwaltung kann jedoch nicht dadurch gesichert werden, daß der nach einem Eingriff verbleibende Restbestand an Selbstverwaltungsaufgaben daraufhin untersucht wird, ob dieser Rest noch als Selbstverwaltung funktionsfähig ist. Die Frage nach dem Wesen wird dadurch in die Frage nach dem Umfang der Rechtsfunktionen, also eine qualitative in eine quantitative Untersuchung umgedreht[118].

Bei einer quantitativen Untersuchung des Restaufgabenbestandes könnte man zu dem Ergebnis kommen, daß noch eine genügende Anzahl von Selbstverwaltungsaufgaben vorhanden ist, während in Wahrheit der Entzug einer einzigen wichtigen Selbstverwaltungsaufgabe das Selbstverwaltungsrecht entwerten kann. Bei einer nur quantitativen Betrachtung des Wesens der Selbstverwaltung würde es zu einer baldigen Auflösung der kommunalen Selbstverwaltung durch Zentralisierung wichtiger Selbstver-

[116] Vgl. BVerwGE 6, 19 ff., 26. VGH Rh.-Pf. Urt. v. 10.12.47, BayerVGH Urt. v. 21.11.49, VGH Württ.-Bad. Urt. v. 25.6.48 = AöR 75, 247, Bad. VGH Urt. v. 25.8.50 = DÖV 51, 307.

[117] BVerwGE 6, 19 ff., 25.

[118] Vgl. Lerche, Verfassungsfragen, S. 100; Hohrmann, Bundesgesetzliche Organisation, S. 152; Köttgen, Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe, S. 46; Glum, AÖR 17, 379, 406; Krüger, DÖV 1956, 550, 555; E. Becker, HKWP I, S. 129.

waltungsaufgaben beim Land bzw. Erweiterung der Aufsicht in eine Fachaufsicht und Dezentralisierung von nur unwichtigen Aufgaben bei den Gemeinden kommen. Diese Gefahr besteht besonders deshalb, weil heute nicht mehr der konkrete gesetzlich genau formulierte allgemeine Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht im Vordergrund steht, sondern mehr eine stufenweise Regelung z.B. durch Überführung von Selbstverwaltungsaufgaben in Pflichtaufgaben unter besonderer Aufsicht oder durch Schaffung von Maßnahmegesetzen[119], die zu ständigen allmählichen Verschiebungen von Selbstverwaltungsaufgaben in staatliche Aufgaben führen, ohne daß bei einer quantitativen Untersuchung dies zu bemerken wäre[120]. Auch käme man bei einer rein quantitativen Wertung zu dem Ergebnis, daß große Gemeinden mit Millionen Einwohnern die gleichen Selbstverwaltungsrechte hätten wie Zwerggemeinden[121].

So wurde die Subtraktionsmethode vom BVerfG nicht übernommen und vom VerfGH NW[122] abgelehnt.

4. Der Wesensgehaltsschutz durch das Übermaßverbot

Außer in dieser wohl mehr methodischen Frage des Vorgehens, die nicht überbewertet werden darf, stimmen die Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG in der Bestimmung des Kerns der Selbstverwaltung überein. BVerwGE 6, 19 ff., 24 präzisiert diese Auffassung: Den Gemeinden muß die Erledigung der Masse der Aufgaben unter eigener Verantwortung überlassen werden, von Ausnahmen abgesehen, die weitgehend durch das Herkommen bestimmt sind. "Im übrigen darf eine Schmälerung des Aufgabenbereichs und ein Abgehen von dem Grundsatz der eigenverantwortlichen

[119] Dazu Köttgen, Gemeinde, S. 37 ff.

[120] Lerche, Verfassungsfragen, S. 101.

[121] Hohrmann, Bundesgesetzliche Organisation, S. 152.

[122] OVGE 11, 149 ff., 152.

Verwaltung nur das Gesetz, beim Vorliegen eines Notstandes und unter Beschränkung auf das zeitlich und sachlich Notwendige angeordnet werden."
Auf die Heranziehung des historisch gewachsenen Aufgabenbestandes als Grundlage für die Bestimmung des Selbstverwaltungskerns ist später noch einzugehen (Vgl. S. 54 ff.).

a) Das Erforderlichkeitsgebot

Bei der Beschränkung des Eingriffs auf den Notstand und auf das zeitlich und sachlich nur unbedingt Notwendige geht das BVerwG auf eine Entscheidung des BVerfG[123] bezüglich eines Eingriffs in die Personalhoheit der Gemeinden zurück. Danach ist zwar ein bestimmter Kern der Selbstverwaltung gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert[124], es gäbe aber Erscheinungsformen der Selbstverwaltung, die sich in besonderen Notlagen gewisse Einschränkungen gefallen lassen müssen. Der Maßstab, an dem die Zulässigkeit solcher Eingriffe in die Selbstverwaltung zu messen sei, könne kein einheitlicher sein. Er ändere sich nach den besonderen Bedürfnissen der Zeit. Was in ruhigen, verwaltungsmäßig unproblematischen Verhältnissen bereits als unzulässiger Eingriff beanstandet werden müßte, müsse, wenn es sich um die rasche Behebung außerordentlicher Notstände handle, als tragbar und sogar geboten angesehen werden. "Zu fordern ist lediglich, daß solche ungewöhnlichen Eingriffe in der Form des Gesetzes vorgenommen und daß sie auf das zeitlich und sachlich unbedingt Notwendige begrenzt werden".

Damit nähert sich die Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG bei der Bestimmung des Kernbereichs

---

[123] BVerfGE 1, 167 ff.

[124] Demgegenüber formuliert VerfGH NW E vom 7.7.1956 in OVGE 11, 149 trotz Bezugnahme auf BVerfGE 1, 167 ff. äußerst mißverständlich und für den Selbstverwaltungskern gefährlich: Nur dann sind über die bisherige historische Entwicklung hinausgehende Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht mit dessen verfassungsmäßiger Garantie vereinbar, wenn für sie "verständige" Gründe vorliegen und das Gemeinwohl anders nicht gesichert werden kann.

der kommunalen Selbstverwaltung der BGH-Rechtsprechung zum Wesensgehalt der Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 2 GG, jedoch unter Wahrung eines unantastbaren Kerns[125].

Der BGH sieht dann einen Eingriff in den Wesensgehalt eines Grundrechts als gegeben an[126], "wenn durch einen Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach der Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht gleichwohl grundsätzlich und im weitestmöglichen Umfange Raum zu geben."
Durch Anwendung dieser Rechtsprechung im Bereich des Selbstverwaltungsrechts wird vom Verbot eines Eingriffs in den Kernbereich zum Übermaßverbot übergeleitet. Der Kern- oder Wesensgehalt wird nicht mehr absolut betrachtet, sondern mit dem speziellen Eingriff in Verbindung gesetzt. Auch wenn man das Übermaßverbot nur als einen im Einzelfall vorliegenden Bestandteil einer institutionellen Garantie ansieht[127], führt doch der Gedanke der Erforderlichkeit - wenn man ihn einführt, und dies wird bei Art. 28 Abs. 2 GG durch die Rechtsprechung gemacht - zu einer Relativierung des Wesensgehaltes. So ist es nur konsequent, wenn der VerfGH NW[128] unter Berufung auf den BGH in Erweiterung des Grundsatzes der Erforderlichkeit auf den Zweck der Beschränkung abstellt. Der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG ist vorzuwerfen: Dadurch, daß außerhalb

---

Vgl. kritisch Lerche, Übermaß, S. 247 Fn. 347.

[125] Lerche, Übermaß, S. 247 ff; vgl. Denninger, Wesensgehalt, S. 813, der andererseits der Entscheidung des BGH vom 16.11.1956 die Festlegung eines eingriffsfreien Kerns der Grundrechte entnimmt.

[126] Insbes. in seinem Gutachten vom 25.1.1953 in DVBl. 1953, 370.

[127] Lerche, Übermaß S. 247.

des Wesensgehalts liegende Umstände in die Prüfung der Zulässigkeit des Eingriffs einbezogen werden ("das sachlich und zeitlich unbedingt Notwendige"), wird der Wesensgehalt in seinem gesamten Umfang bedingt. Ein bestimmter Kern, der gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert sein soll, kann nur aus sich heraus - also aus einem materiellen Selbstverwaltungsgedanken - begründet werden. Für diesen jedoch kann der Grundsatz der Erforderlichkeit nicht gelten. Vielmehr kann bei Festhalten an einem nicht angreifbaren Wesensgehalt der Grundsatz der Erforderlichkeit nur eine Grenzverschiebung in Richtung Wesenskern darstellen. Damit ist die Frage nach dem Umfang des Wesensgehalts mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit noch nicht gelöst.

Daraus ist zu folgern, daß - entgegen Lerche's Auffassung - nicht die Entscheidung des VerfGH NW[129] unter Berufung auf das BVerfG und das BVerwG widersprüchlich ist, sondern daß die Meinung des BVerfG einen Widerspruch in sich trägt, wenn sie das Erforderlichkeitsgebot mit dem absolut eingriffsfreien Kernbereich zu vereinbaren sucht. Diesen Widerspruch hat der VerfGH NW vermieden, indem er die Rechtsprechung des BVerfG auf ihren Ursprung zurückführte. Das Erforderlichkeitsgebot des BGH ist in seiner logischen Konstruktion nicht mit einem absoluten Wesenskern vereinbar. Erst indem man besondere Anforderungen an das Verhältnis von Eingriff und Bedeutung (Gewicht) des eingeschränkten Grundrechts bzw. Selbstverwaltungsrechts (wenn eine gleiche Betrachtung erlaubt sein soll) stellt, also erhöhte Anforderungen an die Erforderlichkeit stellt, kann man einen tatsächlich eingriffsfreien Kernbereich festlegen[130]. Es ist keineswegs widersprüchlich, wie Lerche behauptet[131], "daß unter

---

[128] OVGE 11, 149 ff., 153.

[129] Lerche, Übermaß, S. 247, zu VerfGH NW E in OVGE 11, 149.

[130] Vgl. Denninger, Wesensgehalt, mit Anhaltspunkten für eine solche Möglichkeit aus BGHE vom 16.11.1956, Betrieb 1956, S. 1231.

Umständen eine Häufung von einzelnen an sich 'verständigen' Einschränkungen im Gesamtbild sogar zu einer Verletzung des Kerns der Selbstverwaltung führen kann"[132]. Auch wenn es auf den Zweck der Beschränkung ankommen soll[133], muß man eine Vorstellung vom Kern des betroffenen Rechtsinstituts haben. Dabei kann es sich nur um den materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz handeln, nach dem Rechtsprechung und Lehre bislang vergeblich fahnden.

b) Anforderungen an die Erforderlichkeit

Auf dem Wege zur Präzisierung des Erforderlichkeitsgebots im Selbstverwaltungsrecht war der VerfGH NW nicht nur so konsequent[134], in einer Gesamtschau von Wesensgehalt und Eingriff auf den Zweck der Beschränkung abzustellen. Er beschritt den Weg zu einem in der Wirkung tatsächlich eingriffsfreien Kernbereich durch erhöhte[135] Anforderungen an die Erforderlichkeit, wohl in der bewußten Inkaufnahme, daß damit wenigstens theoretisch unbeschränkt in den Wesensgehalt eingegriffen werden kann. Ein Eingriff ist nur dann mit Art. 78 Verf NW vereinbar, wenn ein verständiger Grund dies im Interesse des Allgemeinwohls rechtfertigen würde. Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Eingriffs reicht nicht aus, vielmehr ist erforderlich, daß das Gemeinwohl Schaden erleidet, wenn die Maßnahme nicht getroffen wird. Der VerfGH NW zieht außerdem wörtlich die oben zitierte BGH-Formel zum Wesensgehaltsschutz heran und fordert weiter "verständige" Gründe für den Eingriff und daß das Gemeinwohl anders nicht gesichert werden kann. Ausgehend von dem historischen Selbstverwaltungsbestand der Gemeinden besteht nach Auffassung des VerfGH NW

---

[131] Lerche, Übermaß, S. 247 Fußnote 347.

[132] VerfGH NW E in OVGE 9, 74 und in OVGE 11, 149 ff., 153.

[133] VerfGH NW OVGE 11, 153.

[134] Vgl. zu dieser Notwendigkeit Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl. S. 468

[135] Insbes. VerfGH NW E in OVGE 11,149 ff.

die Vermutung, daß ein Eingriff in den beim Zustandekommen der Verfassung vorhandenen Bestand an Selbstverwaltungsrechten eine Beeinträchtigung des garantierten Wesensbestandes darstellt. Strengere Anforderungen an die Erforderlichkeit einer Maßnahme sind auf dieser Abstraktionshöhe kaum denkbar, ohne die Maßnahme nicht ganz zu verbieten.

Damit hätte der VerfGH NW eine konsequent durchdachte der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlegene Lösung gefunden, die auch zunächst einen praktischen Erfolg verspricht.

c) Insbesondere die Gemeinwohlkontrolle

Zweifel in eine solche Abgrenzung eines sicheren Wesensbestandes des Selbstverwaltungsrechts kommen jedoch bei der konkreten Überprüfung eines Eingriffs. Man kann zwar kaum behaupten, mit der oben umschriebenen Gemeinwohlkontrolle sei nur ein bloßer Willkürausschluß gemeint[136].

Es ist jedoch kaum möglich, die aktuellen Fragen, z.B. inwieweit die gemeindliche Wirtschaftsförderung eingeschränkt werden oder inwieweit konkret in die Planungshoheit der Gemeinde bei der Ausweisung von Wohnungsgebieten eingegriffen werden darf, mit Hilfe der Gemeinwohlkontrolle zu lösen. Gerade wegen ihrer Abstraktheit ist die obige Abgrenzung für eine differenzierte Abgrenzung unbrauchbar und höchst gefährlich. Vergleichbar mit der Problemlage bei Art. 19 Abs. 2 GG[137] wird die Garantie der Institute und Institutionen im Grunde durch Berufung auf ein ungefähres und unsicheres Gemeinwohlerfordernis verdrängt. Auch wenn der VerfGH NW diese Gefahr mit detaillierten Anforderungen zu bannen versucht (s.o.), so wird man "verständige" Gründe für die zwingende Notwendigkeit der Maßnahme für fast jeden Eingriff finden können. Die Un-

---

[136] So Lerche, Übermaß S. 247 Fn. 347.

[137] Lerche, Übermaß, S. 294.

brauchbarkeit des Kriteriums "Gemeinwohl" zeigt nicht zuletzt die grundlegende Entscheidung des VerfGH Rheinland-Pfalz vom 21. März 1969 - VGH 5/68 - zur Selbstverwaltungsgarantie und kommunalen Gebietsreform. Im Zusammenhang mit dieser Frage erörtert der VerfGH zunächst die historische Bedeutung des Gemeinwohls bei der kommunalen Gebietsänderung, um dann festzustellen, daß in der parlamentarischen Demokratie das Gemeinwohl Ziel jedes Gesetzes sein muß. Um der daraus resultierenden mangelnden Aussagekraft für die konkrete Rechtsanwendung zu begegnen, wird das Gemeinwohl als "das Wohl des Einzelmenschen, der innerstaatlichen Gemeinschaften und das Wohl des Staates selbst" differenziert. "Durch diese Umschreibung wird nämlich nur klargestellt, daß das Gemeinwohl auf drei Ebenen - der des Einzelnen, der im Staat bestehenden Körperschaften sowie der des Staates - zu verwirklichen ist; denn diese Dreiteilung besagt nichts anderes, als daß die Bestimmung des Gemeinwohls einer Abwägung dieser Gruppeninteressen bedarf"[138].
Wenn zur Bestimmung des Gemeinwohls die Abwägung dieser Gruppeninteressen notwendig ist, dann ist, um das in unserem Staate gültige Gemeinwohl zu umschreiben,

---

[138] Es soll hier nur angedeutet werden, daß die Formulierung "Körperschaften" anstelle der weiter oben gewählten Umschreibung "innerstaatliche Gemeinschaften" zumindest zweideutig ist. Wenn damit öffentlich-rechtliche Körperschaften z.B. Gemeinden gemeint sein sollen, und dies ist aus der gesamten Entscheidung zu schließen, in der nur von den Landesinteressen an einer Gebietsreform und den (politischen) Gemeinden gesprochen wird, nicht jedoch von den örtlichen Gemeinschaften - dann ist die Formulierung "Körperschaft" abzulehnen. Das Wohl einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, eines Verwaltungsträgers ist undenkbar, es sei denn, man gibt der öffentlich-rechtlichen Körperschaft einen Selbstzweck. Träger des Gemeinwohls können nur die Nutznießer der jeweiligen Verwaltung, das Individuum, die Gruppe, die Gemeinschaft sein, niemals jedoch die Verwaltung selbst. Wer sich des Kriteriums "Gemeinwohl" bedient, kann nur abwägen zwischen den Interessen von

eine Konkretisierung dieser Abwägung erforderlich. Diese läßt sich, wie der VerfGH Rh.-Pf. in der genannten Entscheidung zugibt, abstrakt kaum festlegen. Damit scheidet das Kriterium "Gemeinwohl", bedingt durch seine Abstraktionshöhe, als Abgrenzungskriterium für einen Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht aus[139].

Nicht nur bei der kommunalen Gebietsreform, sondern auch bei der Abgrenzung der kommunalen Zuständigkeit, letztlich also bei der Bestimmung des Wesensgehaltes des Selbstverwaltungsrechts wählt die Rspr. mit dem Merkmal "Gemeinwohl" eine Abstraktionshöhe, auf der die konkret vorgenommene Abgrenzung nicht mehr nachprüfbar ist. Dies ist der Fall, weil die Bestimmung des Wesensgehaltes des Selbstverwaltungsrechts bislang gescheitert ist[140].

5. Anmerkung zum unbefriedigenden Ergebnis der Rechtsprechung

Die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Selbstverwaltungsrecht läßt sich erst durch eine Gesamtschau von Wesensgehalt und Eingriff feststellen. Erst wenn man das Ziel des Eingriffs klar umrissen hat, kann der das Grundsatz der Erforderlichkeit unter etwaiger Hinzuziehung des oben kritisierten Gemeinwohlbegriffs eingreifen. Der Grundsatz der Erforderlichkeit ist die rechtstechnische Kanalisierung des Eingriffs. Ohne Festlegung des Ziels ist eine Konkretisierung der an den

---

natürlichen Personen und Personengemeinschaften, denen nach der Wertschätzung durch unser gesamtgesellschaftliches Zielsystem insbesondere durch die Verfassung ein ganz bestimmtes Wohl zugeordnet wird.

139 Trotz der zu begrüßenden Differenzierung des "Gemeinwohls" hat der VerfGJ Rh.-Pf. in der genannten Entscheidung die Gruppeninteressen in keiner Weise gegeneinander abgewogen. Das Interesse der örtlichen Gemeinschaft, das Selbstverwaltungsrecht, wird in "bewährter" Weise auf das geschichtlich gewordene Bild reduziert unter Hinweis auf den nur institutionellen Schutz durch Art. 49 LV Rh.-Pf. bzw.

Eingriff zu stellenden Anforderungen nicht möglich. Das Übermaßverbot kann nur zur Feststellung der Zulässigkeit des Eingriffs, nicht jedoch zur zunächst notwendigen Bestimmung des Wesensgehalts herangezogen werden.

Die Abgrenzung des Wesensgehalts des Selbstverwaltungsrechts durch die Rechtsprechung mußte formal bleiben, da sie es versäumt hat, den materiellen Gehalt des Selbstverwaltungsrechts zu umreissen. Während es dem BGH und dem BVerwG bei den Grundrechten gelungen ist, diese schwierige Aufgabe einer sachgerechten Aussage über den Wesensgehalt bestimmter Grundrechte zu bewältigen, etwa bei der Abgrenzung der Enteignung von der bloßen Eigentumsbindung[141], beschränkt sich die Rechtsprechung zum materiellen Selbstverwaltungsrecht auf immer wiederkehrende stereotype Formeln, z.B.: "Es kommt auf den Einzelfall an. Bei der Bestimmung des Kernbereichs ist der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen"[142].

Der Grund für diese unterschiedliche Entwicklung ist darin zu sehen, daß die Funktion der Grundrechte als Mittel zur sozialen Differenzierung, insbesondere zur Abgrenzung von Individuum und Verwaltung schon frühzeitig erkannt wurde[143]. Demgegenüber wurde zwar erkannt, daß es sich bei der kommunalen Selbstverwaltung nicht um ein Grundrecht handeln könne, da es sich offensichtlich um eine Frage der verwaltungs-

---

Art. 28 GG. Im wesentlichen befaßt sich die Entscheidung mit dem Wohl der überörtlichen Gemeinschaft.

[140] E. Becker, Grundrechte IV/2 S. 721.

[141] Denninger, Wesensgehalt, S. 814.

[142] BVerfGE 23, 353 ff., 366, unter Verweisung auf die früheren Entscheidungen.

[143] z.B. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, S. 85 ff.

internen Organisationsstruktur handelt. Die Frage nach der Funktion der Selbstverwaltung, nach dem Sinn einer so scharfen Zäsur in der Autoritätsstruktur der Staatsverwaltung wurde weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre gestellt und somit auch nicht beantwortet.

Statt dessen wird weiter versucht, ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Funktion von Organisationsstruktur und Grundrecht nach der methodisch bewährten Weise der Grundrechtsbestimmung den materiellen Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts herauszufinden.

6. Der Wesensgehalt als das Essentiale der Institution

a) Die Formulierung einer Abgrenzungsformel

STERN[144] hat für das Wesen der Institution Selbstverwaltung folgende Formel gewählt: "Der Wesensgehalt ist das Essentiale, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern. Entscheidend sind die typenbestimmenden Bestandteile, die essentiell, nicht akzidentiell die kommunale Selbstverwaltung prägen". Das Wesen der Institution müsse aus sich selbst heraus bestimmt werden.

Ebenso äußert sich der VerfGH NW[145]. "Sinn dieser Garantie (des Art. 78 LV NW) geht dahin, daß die essentialia des Begriffes der Selbstverwaltung gewährleistet sind, während die accidentialia gesetzlicher Regelung vorbehalten bleiben."

Die Literatur schließt sich diesen Umschreibungen des Wesensbereiches der Selbstverwaltung zum Teil an[146].

---

[144] BK Art. 28 Rdn. 122 ff.; AfK 64, 87.

[145] E vom 21.8.1954 in OVGE 1, 149 ff., 150 und OVGE 9, 74 ff., 83.

[146] So E. Becker, Grundrechte IV/2, S. 714.

Doch scheinen die Überlegungen, die auf die essentialen, die typusbestimmten Bestandteile des Wesensgehalts abstellen, ganz verschiedener Art zu sein.

Wenn STERN[147] fordert, daß der Wesensgehalt der Institution (also die Essentialia, das Typische) aus sich selbst heraus bestimmt werden muß, dann ist es nur konsequent, wenn er es ablehnt, auf die Intensität des gesetzlichen Eingriffs Rücksicht zu nehmen. Er bestimmt die Zulässigkeit eines Eingriffs allein danach, ob die essentialia der Selbstverwaltung beeinträchtigt werden und nähert sich damit (jedoch ohne in sich widersprüchlich zu sein) der Meinung des BVerfG, daß ein eingriffsfreier Wesenskern besteht. Der VerfGH NW bestimmt ebenfalls den Wesensgehalt der Selbstverwaltung als das Essentiale[148], spricht jedoch dann davon, daß eine Häufung von einzelnen an sich "verständigen"Einschränkungen sogar zu einer Verletzung des Kernes der Selbstverwaltung führen könnte[149]. Damit gibt der VerfGH NW zu, daß der Grundsatz der Erforderlichkeit für die Bestimmung des Wesensgehalts allein nicht ausreichen kann. Ein übergeordnetes Kriterium ist notwendig. Wenn er jedoch dann den Wesensgehalt als das Essentiale bestimmt, so ist dies widersprüchlich. Entweder man bestimmt den Wesensgehalt, das Essentiale des Selbstverwaltungsgedankens aus sich heraus und damit absolut, oder man wählt eine andere (z.B. funktionale[150]) Bestimmung und stellt die Zulässigkeit eines Eingriffs in der Gesamtschau von Wesensgehalt und Eingriff unter besonderen "formalen"[150] Kriterien, wie das Übermaßverbot, fest. Was der VerfGH NW unter den essentialia der Selbstverwaltung versteht, wird durch die Formulierung

---

[147] BK Art. 128 Rdn. 122 ff., AfK 64, 87.

[148] Zitat oben.

[149] VerfGH NW in OVGE 11, 149 ff., 153.

[150] Lerche, Übermaß, S. 38; auch Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl. S. 468.

"essentialia des Begriffs der Selbstverwaltung" noch weiter verdunkelt, wenn man bedenkt, daß man mit den Merkmalen essentialia und accidentialia nur einen (offenen) Typus abgrenzen kann. Diese Unterscheidung wäre notwendig, um durch Beschreibung von gerade in ihrem Zusammenhang sinnvollen Einzelzügen die Erfassung und Darstellung von abgrenzbaren in dieser bestimmten Weise wiederkehrenden Strukturen des Seins (oder des Sinnes), den Typen, z.B. von Rechtsverhältnissen zu ermöglichen. "Ein (abstrakter) Begriff wird demgegenüber definiert, d.h. durch die (erschöpfende) Angabe seiner (stets unabdingbaren) Merkmale fest begrenzt"[151]. Nach dem oben gemachten Ansatz wäre die Selbstverwaltung besser als ein Typ zu bezeichnen.

b) Die methodischen und rechtstheoretischen Grundlagen

Eine solche Auffassung von einem Selbstverwaltungstyp mit essentialen, nicht durch eine Definition zu erfassenden Wesenszügen, die nur aus dem Wesen der Institution heraus bestimmt werden können, hat starke Anklänge an eine phänomenologische Rechtstheorie. Nach einer solchen Rechtstheorie kann man z.B. staatstheoretische Begriffe nicht durch induktive Untersuchung eines reichhaltigen empirischen Materials im Wege der vergleichenden Analyse erarbeiten[152], da die zu gewinnenden Einsichten in Wahrheit vorausgesetzt werden. Man müßte sich nach dieser Anschauung bei der Untersuchung der kommunalen Selbstverwaltung aller Erklärungs- und Systematisierungsversuche enthalten, um sich ganz im Sinne

---

[151] Vgl. zum Typus Larenz, Methodenlehre 2. Aufl. S. 423 ff., 439 ff.

[152] Leibholz, Das Wesen der Repräsentation S. 14.

von Edmund HUSSERL's Phänomenologie nur an die Erfahrung und Anschauung von der Selbstverwaltung selbst zu halten[153].

Man käme damit zu den von der phänomenologischen Rechtstheorie[154] in Gegenüberstellung zur Rechtsnorm als Willenssatz erkannten "apriorischen Sätze über Wesenszusammenhänge". Diese logischen Grundstrukturen jedes möglichen Rechts enthüllen sich in einer gedanklichen Zurückführung der in der Wirklichkeit begegnenden Rechtsgebilde auf ihren zeitlosen "Sinneskern". Es sind nicht "Verhaltensnormen höherer Stufe", sondern "Rechtswahrheiten, die als solche keine normative Kraft besitzen"[155]. Die phänomenologische Analyse führt somit nicht zur Entdeckung von naturrechtlichen Normen, sondern zur Aufdeckung eines überpositiven Sinneskerns im positiven Recht[156]. Aber auch die Auffindung der essentiellen Bestandteile des Selbstverwaltungsrechts macht offenbar größte Schwierigkeiten. Rechtsprechung und Lehre begnügen sich mit der Andeutung, daß die Basis für eine solche Betrachtung das historische überkommene Erscheinungsbild der Selbstverwaltung sei[157].

7. Der Wesensgehalt als das Typische des jeweiligen Normenkomplexes

LERCHE versucht durch Übernahme seiner zu Art. 19 II GG entwickelten Vorstellungen vom Wesensgehalt[158] auch die

---

[153] Vgl. zur phänomenologischen Betrachtungsweise in der Verfassungstheorie und im Verfassungsrecht Leibholz, Das Wesen der Repräsentation S. 18 ff.

[154] Gerhard Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925 S. 9.

[155] Gerhard Husserl, Recht und Zeit, 1955, zitiert nach Karl Larenz "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" Berlin 1960 S. 116 ff.

Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zu bestimmen[159]. Als Gegenstand des Art. 19 II GG faßt er das Kernstück der unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexe auf, die den einzelnen freiheitlichen Grundrechten zugrundeliegen. "Die Fülle dieses jeweiligen Normenkomplexes, auf ihre typischen und charakteristischen Züge zurückgeführt, das ist es, was als "Institut" bezeichnet werden darf und dem "Wesensgehalt" gleichzuachten ist. Nicht auf das Geschützte (= Freiheit), sondern auf das typisch Schützende (= Normenkomplex) zielt Art. 19 II GG[160]. Dabei sei unter Normenkomplex die Normenwelt in ihrer Wirklichkeit und Handhabung zu verstehen. Bei der Selbstverwaltung bedeutet diese Gedankenführung, daß zur Ermittlung einer möglichen Beeinträchtigung des Wesensgehalts nicht primär auf das Geschützte (= Selbstverwaltungsbereich), sondern auf das typisch Schützende (= Fülle und Charakteristikum der einfachen Normen, die die gemeindliche Selbstverwaltung prägen) abgestellt werden muß. Die Bestandteile, die dem Selbstverwaltungstyp das Gepräge geben, sind damit (folgerichtig) absolut geschützt. Wenn LERCHE damit auf das Typische des Normenkomplexes abstellt, der die kommunale Selbstverwaltung prägt, dann befindet er sich allem Anschein nach tief in einer der phänomenologischen Analyse verwandten

---

[156] Larenz, a.a.O. S. 117, vgl. auch im folgenden. Nach Larenz konkretisiert sich der Sinneskern in den Sinngebilden des positiven Rechts, er ist inhaltlich erfüllt und dem "Typus" ähnlich.

[157] BVerfGE 23, 353 ff., 366 (ständ. Respr.); Stern BK Art. 28 Rdnr. 124.

[158] Lerche, Übermaß, S. 239 ff.

[159] Lerche, Verfassungsfragen, S. 105 ff.

[160] Lerche, Übermaß, S. 240 ff.

Gedankenführung, die einen Wesensgehalt nur aus sich heraus zu umschreiben vermag. (Daß Lerche[161] überraschenderweise später als typische Grundstruktur der Selbstverwaltung deren "integrationsfördernden Zug" bezeichnet, soll zunächst dahinstehen).

Denn dem Normenkomplex kann nur die Umwelt, die dieser Norm unterworfen ist, gegenübergestellt werden. Eine Gegenübersetzung von Selbstverwaltungsbereich und Selbstverwaltungsnorm (wie Lerche es meint) ist nicht möglich, da Selbstverwaltung eine besonders geartete Autoritätsstruktur in der gesamten Staatsverwaltung, letztlich eine besondere (durch Normen geregelte) verwaltungsinterne Zuständigkeitsordnung darstellt. Auch die methodische Gleichbehandlung von Grundrecht und Selbstverwaltungsrecht ist fragwürdig. Diese wie auch der Versuch, den Wesensgehalt eines Rechtsinstituts aus sich selbst heraus erklären zu wollen, sind Folgen eines Rechtsdenkens, das zumindest im angesprochenen Bereich die gesamte deutsche Rechtswissenschaft beherrscht. Trotz der Kenntnis, daß Institute insbesondere des Verwaltungsrechts auf Probleme in der Umwelt bezogen werden müssen, bemüht man sich um eine losgelöste Wesensschau, es wird versucht, den Kerngehalt des Selbstverwaltungsrechts einer Zuständigkeitsordnung, aus sich heraus zu bestimmen ohne Rücksicht auf die Umwelt, für die diese Organisationsstruktur Probleme lösen soll. Im Gegensatz zu den Wirtschaftswissenschaften ist der Jurisprudenz die funktionale Betrachtung weitgehend fremd. Die historischen und praktischen Gründe - man denke an die Vor- und Nachteile einer mit der funktionalen Methode verbundenen Relativierung der Rechtsinstitute - können hier nicht weiter erörtert werden. Fest steht, daß die Rechtswissenschaft sich am Fortschritt der empirischen

[161] Lerche, Verfassungsfragen, S. 107, 114.

Wissenschaften der Neuzeit, man denke an die Soziologie, kaum beteiligt hat. Ein Grund dafür könnte sein, daß die klassische griechische Philosophie das Rechtsdenken bis in unsere Zeit nachwirkend in einen ethischen Bereich verschoben hat. "Auch die Aufgabe, rationale Modelle des Entscheidens auszuarbeiten, ist ihr entglitten, seitdem sie mit dem Naturrecht die Anknüpfung an die teleologische Handlungsauslegung aufgegeben hat"[162].

8. Die funktionale Bestimmung des Wesensgehaltes der Selbstverwaltung

Gerade bei einem Rechtsinstitut, das eine Verwaltungsstruktur umschreibt, liegt es doch auf der Hand, daß man sich über den grundlegenden Sinn dieses Instituts Gedanken macht, daß man seine Legitimation und Ausgestaltung an seiner Funktion für den Einzelnen, die Gemeinschaft der Bürger, die gesamte Verwaltung mißt, daß man sich von der unfruchtbaren systeminternen Analyse eines "Wesensgehalts" abwendet und eine funktionale System/Umweltbetrachtung anstellt. Ansätze zu einer funktionalen Betrachtung des Rechts finden sich z.B. bei Max Weber[163], aber auch in der neueren Entwicklung der zivilrechtlichen Methodenlehre. Dabei wird in den jüngeren Rechtsgebieten, z.B. dem Arbeitsrecht, den richterlichen Fallentscheidungen mehr Gewicht zuerkannt. Es ist auch eine Funktionalisierung von Rechtsproblemen und Rechtsinstituten[164] zu beachten. Esser[165] sagt zur funktionalen Methode der Rechtsvergleichung, daß es falsch sei, isolierte Züge des einen Systems in einem anderen wiederaufzufinden, um sie dann mehr oder weniger schief aus diesem

[162] Luhmann, Theorie, S. 60.

[163] Wirtschaft und Gesellschaft, 3. Aufl. II. Bd., S. 387 ff., 395.

[164] Luhmann, Theorie, S. 60, der dazu auf Esser, Grundsatz und Norm, verweist.

[165] Grundsatz und Norm, S. 31 u. insbesondere S. 349 ff.

letzteren als eine "ähnliche" Lösung zu begreifen. Vielmehr gelte es, "in gleichen Ordnungsaufgaben unter vergleichbaren gesellschaftlichen Zuständen die Gemeinsamkeit von Lösungen zu entdecken, die von ihrer Entstehungsgeschichte her in ihrer Systembedingtheit dem gleichen Ordnungsziel dienen".

Warum sollte man eine funktionale Untersuchung nicht auch im öffentlichen Recht vornehmen können? Warum sollte man nicht feststellen können, in welchem funktionalen Verhältnis eine Verwaltungsstruktur zu ihrer Umwelt steht, um auf diese Weise die Anforderungen, die an eine solche Struktur zu stellen sind, festzulegen?

Eine - wohl in dieser Weise nicht erkannte - Abwendung von der systeminternen Strukturbetrachtung findet sich - wie schon oben[166a] angedeutet - bei Lerche[166], wenn er die Verletzung der Wesensgehaltsgarantie der Selbstverwaltung in integrationsrechtlicher Hinsicht betrachtet. Er formuliert etwas dunkel, die Selbstverwaltung habe einen eigenen politisch integralen Bedeutungsinhalt. Darin liege auch eine innere Begründung der heutigen systematischen Einbettung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in das Bund-Länder-Verhältnis. Der Föderalismus schaffte mit Hilfe gestaffelter Schnitte durch die Wirklichkeit immer neue Flächen, in denen das Engagement der Bürger zum Gemeinwohl hin gebunden wird. Typisches Bild der Selbstverwaltung sei die Schaffung einer gemeindlichen Raumgemeinschaft als politisches Formprinzip zur Gewinnung einer demokratischen Integration. Wenn auch dem darin zum Ausdruck gekommenen materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz wegen seiner Undifferenziertheit nicht zu folgen ist, so handelt es sich doch um einen methodisch richtigen Ansatz einer funktionalen Ausrichtung des Typus Selbstverwaltung auf die für sie relevante Umwelt.[167]

---

[166] Lerche, Verfassungsfragen, S. 107, 114 ff.

[166a] Vgl. oben S. 51.

[167] Vgl. Luhmann, Funktionale Methode, S. 21 Fußn. 52

Bevor die notwendige funktionale Untersuchung der Selbstverwaltungsstruktur weiter verfolgt wird, soll zunächst das von der Rechtsprechung und Lehre fast ohne Widerspruch einer Wesensbestimmung zugrundegelegte herkömmliche Bild der Selbstverwaltung beleuchtet werden.

VI. Die Beschränkung auf den historischen Selbstverwaltungsbegriff

Die Rechtsprechung[168] hat sich darauf beschränkt, die in der Vergangenheit vorhandenen Grenzen einer Selbstverwaltungsaufgabe heranzuziehen, um eine Gegenwartsfrage zu lösen. So wird z.B. vom VerfGH NW[169] - widerlegbar - vermutet, daß ein Eingriff in den Kern der Selbstverwaltung vorliegt, wenn eine in der Vergangenheit der Gemeinde als Selbstverwaltungsaufgabe überlassene Angelegenheit vom Staat an sich gezogen wird. Die Rechtslehre folgt dieser Auffassung weitgehend[170] und hält alle herkömmlichen Beschränkungen für rechtsmäßig[171].

Dabei muß man die Gefahr sehen, daß auf diese Weise schon überholte historische Grundlagen der Selbstverwaltung wieder Einlaß in die moderne kommunale Selbstverwaltung finden. Als Beispiel kann dafür die sehr enge Formulierung der Allzuständigkeit bei Werner Weber[172] dienen, der als Grundcharakter der kommunalen Selbstverwaltung die Sachverwaltung ansieht, nicht Menschenführung und obrigkeitliche Herrschaft. Gemeinsame Aufgabe der "nachbarlichen" Gemeinschaft sei es u.a. Gemeindevermögen zu verwalten und der Bevölkerung

---

u. S. 23, der der Meinung ist, daß durch eine Konzeption des Erkenntnisgewinns durch funktionalen Vergleich Funktionalismus und Phänomenologie einander näherrücken.

168 BVerfGE1, 167; 7, 358; 8,332; 11,266; 11,351 usw. bis 23, 353 ff., 366; BVerwG 6, 19; 6, 342; BayVerfGH 2 II, 143; 10 II, 113; vgl. weitere Nachweise bei Lerche, Verfassungsfragen, S. 97.

169 VerfGH NW in OVGE 11, 150.

170 z.B. Wolff, VwR § 86 VIII d 1-3.

171 Stern, BK Art. 28 Rdnr. 25; Gönnenwein, AöR 74, 191 ff., 200; Thieme, DVBl. 1958, 266; weitere Nachweise bei Lerche, a.a.O. Es fällt auf, daß die historische Betrachtungsweise nicht eine Einzelerscheinung auf dem Gebiet der Selbstverwaltungsgarantie ist, sondern auch auf anderen Wissenschaftsgebieten heutzutage in Deutschland eine gewisse Scheu vor

gemeinnützige Anstalten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Daneben trete die gemeindliche Organisationshoheit. Überall jedoch, wo durch Zwang und dergl. obrigkeitliche Herrschaft über den Bürger ausgeübt werde, geschehe dieses im Rahmen übergreifender Ordnungszusammenhänge und aus einer Legitimation, deren Wurzeln nicht in der kommunalen Lebensgemeinschaft, sondern in den Existenzbedingungen der Herrschaftsorganisation Staat lägen.

Diese Gedanken lassen stark an die Theorien der politischen Richtung des 19. Jahrhunderts und beginnenden 20. Jahrhunderts (v. Gneist, Hatschek, Jellinek) anklingen.[173]

Zwar muß die Grundlage für die Ausfüllung einer Generalklausel immer der historisch gewachsene Begriff sein. Die Rechtsprechung beruft sich auch stets auf die historische Selbstverwaltung als den tieferen Sinn einer Dezentralisierung. Dies ist aber auch alles. Eine Betrachtung darüber, ob die Selbstverwaltung in dem streitigen Falle die Dezentralisierung der Verwaltungsaufgabe oder aber eine Verwaltung durch den Staat selbst verlangt, wird nicht vorgenommen.

So bleibt es in der Entscheidung des BVerfG[174] letztlich offen, warum die Selbstverwaltungsgarantie materiell nicht verletzt wird, wenn der Staat einen gewissen Bereich der Personalhoheit

---

Systemtheorien und Modellkonstruktionen besteht. Vgl. Mayntz, Soziologie der Organisation, S. 34 u. Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl.

[171] v.S. 54 -Fortsetzung-
S. 133 ff., 322 ff., die nach Larenz auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft eine Auswirkung der älteren Interessenjurisprudenz darstellt. So sind neueste deutsche Schriften auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ohne jeden Hinweis auf ausländische Forschungsergebnisse in Organisationsfragen.

[172] Werner Weber, a.a.O., S. 51.

[173] Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 645, spricht von privater Verwaltungstätigkeit.

[174] BVerfGE 1, 167 ff.

regelt. In diesem Punkt zieht sich die Rechtsprechung regelmäßig auf eine formelhafte Begründung zurück[175], die auf eine Übernahme historisch entwickelter Ergebnisse hinausläuft. Auch die oben zitierte Entscheidung des BVerfG 8,122 bezüglich der Volksbefragung über die Atombewaffnung führt mit der Definition "Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sind nur solche Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben..." kein neues Kriterium in die Diskussion ein. Dieser Gedanke der sozialen Raumgemeinschaft[176] wiederholt nur den Inhalt des Art. 28 II GG und wird vorgebracht, um ein mit Art. 28 II GG wörtlich konform gehendes Ergebnis zu erzielen und gibt für die vielen Fälle einer Abweichung von Art. 28 II GG kein Kriterium. In vom Wortlaut des Art. 28 II GG abweichenden Fällen begnügt sich das BVerfG[177] mit der Formel: "Da die verfassungsrechtliche Garantie des Art. 28 II GG eine Regelung nicht ausschließt, die aufgrund der geschichtlichen Entwicklung des Kommunalrechts als mit dem Wesen der Selbstverwaltung vereinbar anzusehen ist...", läßt also jede historisch begründete Abweichung vom Inhalt des Art. 28 II GG gelten.
Für den VerfGH NW[178] ist der historisch entwickelte Wesensbestand geschützt. Jedoch seien Verschiebungen möglich.

---

[175] So das BVerfG stereotyp: Bei der Bestimmung des Kernbereichs ist der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen. BVerfGE 23, 353 ff., 366.

[176] Lerche, Verfassungsfragen, S. 98.

[177] Im selben Band S. 360.

[178] VerfGH NW in OVGE 9, 74; 10, 282; 11,150.

"Die historische Entwicklung dient vielmehr als Erkenntnisquelle". So wird zunächst die historische Zuständigkeit für die infrage stehende Spezialfrage aus dem Bereich der Personalhoheit erörtert, sodann wird das Ergebnis nicht daran gemessen, ob ganz konkrete Forderungen des Selbstverwaltungsgrundsatzes eine Zuständigkeitsneuordnung verlangen, vielmehr wird der Begriff des Gemeinwohls herangezogen und gefragt, ob das Gemeinwohl Schaden erleiden muß, wenn die historische Zuständigkeit weiter besteht[179]. Der Begriff des Gemeinwohls ist jedoch als Kriterium für eine Zuständigkeitsabgrenzung unbrauchbar - vgl. oben - und kein typisch demokratischer Begriff, sondern sollte als übergeordnetes Prinzip jeder Staatsform eigen sein. Die Rechtsprechung hält somit an dem Grundsatz einer historischen Zuordnung fest[180], ohne ihre heutige Vereinbarkeit mit konkreten Selbstverwaltungsforderungen im einzelnen zu überprüfen.

Bei dieser inzwischen zur Regel gewordenen Aussparung eines materiellen Selbstverwaltungsgrundsatzes kann von der Rechtsprechung zur Zeit keine Ordnung in dem Gewirr von gemeindlichen und staatlichen Zuständigkeiten erwartet werden. Die von Werner Weber 1953 optimistisch geäußerte Ansicht[181], daß die Verwaltungsrechtsprechung nicht nur eine Schutzfunktion im Einzelfall habe, sondern auch die funktionalen Zusammenhänge der Selbstverwaltung sichtbar zu machen, weiter zu entwickeln habe, ist wohl enttäuscht worden. Zwar wird die Rechtsprechung überfordert, wenn man von ihr die unmittelbare Verwirklichung der Rechtsidee verlangt[182], und ihr steht ebenfalls nicht zu, einen rein politischen Gedanken zu verwirklichen.

---

[179] VerfGH NW in OVGE 11, 151.

[180] Vgl. Wolff, VwR § 86 VIII d m.w.N.; vgl. auch die grundlegende Entscheidung des VGH Rheinland-Pfalz v. 21.3.69, S. 19 d. Entscheidung - VGH 5/68 - .

[181] In Staats- und Selbstverwaltung 1967, S. 57.

[182] Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., S. 123.

Sie hat jedoch der politischen Grundkonzeption der Verfassung zu folgen. Bei einer Entscheidung über Zuständigkeitsfragen, insbesondere über Organisationsfragen des Staatsaufbaus ist ein r e i n geschichtliches Denken grundsätzlich verfehlt. Die Staatlichkeit ist systematischer Natur[183]. Diese typisch kontinentale Staatsidee - im Gegensatz zu englischen Auffassungen - wurde auch bei der Gründung der BRD herangezogen. Man denke an die Schaffung von Bundesländern wie z.B. NW ohne historische Grundlage, weil man das System eines föderalistischen Staates im Auge hatte. Auch die Gemeinden wurden nicht allein aus Anerkennung historischer Ordnungen in das Staatssystem der BRD übernommen, sondern zur Übernahme bestimmter herkömmlicher Funktionen[184]. Eine Auslegung des Art. 28 II GG aus der historischen Überlieferung, statt aus dem aktuellen Funktionszusammenhang ist verfehlt[185].

Auch werden Auswirkungen, die eine Zuständigkeitsordnung unter geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen auf den Einzelnen, die örtliche Gruppe, die überörtliche Gemeinschaft hat, von der Rechtsprechung kaum berücksichtigt, obwohl die Verwaltung nicht Selbstzweck ist, sondern für die Umwelt verwaltet.

Diese verfehlte historische Betrachtung hat ihre Ursache auch darin, daß die Rechtsprechung methodisch keine zufriedenstellende Umschreibung des materiellen Selbstverwaltungsgrundsatzes herausarbeiten konnte.

---

[183] Dies wird für die modernen Staaten seit dem 19. Jahrhundert anerkannt. Der moderne Staat ist nicht mehr die Summe seiner historischen Bestandteile, sondern "immer Einheit, immer Gegenwart, immer bestimmt durch seinen sittlichen Beruf". So Fricker, Gebiet und Gebietshoheit, S. 77.

[184] Vgl. Karl Schmid im Parlamentarischen Rat, 11. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 14.10. 48, Stenopr. S. 23, 36.

[185] Vgl. über die Zielsetzung des Grundgesetzes bezüglich der Gemeinden E. Becker, Grdr. IV/2, S. 726 und Köttgen, Die Gemeinde, S. 21 ff.

Auch das OVG Münster kann mit seiner Entscheidung vom 20.10.1965[186] die festgefahrenen Fronten einer historischen Abgrenzung von Gemeindezuständigkeit und Kreiszuständigkeit durch Einführung der Kriterien Regionalprinzip, Subsidiaritätsprinzip, Ausgleichsfunktion der Landkreise und Prioritätsprinzip nicht aufbrechen, da diese Prinzipien mit einer Legitimation der Selbstverwaltung in einem demokratischen Staat - also dem materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz - wenig zu tun haben und daher nur sekundär einer verwaltungsinternen Abgrenzung dienen können.

Die Folge ist, daß der vorhandene Bestand an Selbstverwaltungsrechten trotz aller Beteuerungen einer Wandlungsmöglichkeit auf einem "status quo" eingefroren ist. Ohne Rücksichtnahme auf die soziologischen Strukturveränderungen kommt es zu einem Auseinanderklaffen von Selbstverwaltungsgarantie i.S. von Art. 28 II GG und der gelebten Praxis. Auf der einen Seite engt die Selbstverwaltungsgarantie eine zeitgemäße gesellschaftliche Entwicklung ein - z.B. im Bereich der Landesplanung - zum anderen wird sie ausgehöhlt. Damit wird das unmittelbare Ziel der Selbstverwaltung, die Garantie einer organisationsinternen Abgrenzung einer Verwaltungsstruktur, vereitelt.

B. Die nähere Untersuchung der Aufgabenzuständigkeit

Von der verfassungsmäßig garantierten Allzuständigkeit bleibt nach allem nur noch ein Rest übrig[187]. Aus der Allzuständigkeit resultiert nur noch die Vermutung[188], daß die Gemeinde eine bestimmte Aufgabe übernehmen kann, solange kein anderer Verwaltungsträger ihr zuvorkommt, und daß der Gemeinde nur ganz

---

[186] DVBl. 1966, 342; vgl. ausführlicher unten. (Teil C)

[187] v. Unruh, Spannungen zwischen Staats- und Selbstverwaltung, S. 462.

[188] E. Becker, Grdr. IV/2, S. 736.

ganz generell ein bestimmter Aufgabenkreis zugeordnet worden ist. Nach Ansicht von Wolff[189] besteht daher nur eine allgemeine Zuständigkeit (Zuständigkeit nur für einen der Gattung nach bestimmten Lebensbereich). Nach anderer Ansicht ist die Allzuständigkeit in Wirklichkeit nur eine subsidiäre Zuständigkeit[190].

Eine solche Auffassung von einer gesetzlich widerlegbaren Vermutung[191] führt dazu, daß der Staat konkret bestimmt, was eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist, daß örtliche Angelegenheiten durch staatliche Behörden erledigt, oder daß für Sonderzwecke eigene örtliche Behörden errichtet werden können. Demgegenüber beschränkt sich die Literatur auf formale Definitionen, Wesensdarstellungen[192]. Das tatsächliche Auseinanderklaffen von vorhandener gemeindlicher Zuständigkeit und institutioneller Garantie des Art. 28 II GG wird entweder nicht gesehen oder hingenommen.

Art. 28 II GG kann nur dann eine Bedeutung haben, falls es gelingt, einen materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz konkret zu umreißen. Ansonsten bleibt die Selbstverwaltung ein leerer Begriff, der von jeder Interessengruppe mit verschiedenen Inhalten gefüllt wird.

Ausgangspunkt für eine nähere Untersuchung der kommunalen Aufgabenzuständigkeit kann nur das Wesen einer Zuständigkeitsverteilung sein.

Die Lehre nimmt bei der Aufgabenverteilung zwischen den Hoheitsträgern alle möglichen Differenzierungen vor: inhaltliche,

---

189 Vwr § 72 II-

190 So Partsch, Festschrift für Bilfinger, S. 310, wobei Partsch "subsidiär" nicht technisch versteht; eine Vermutung für den Nahbereich gemäß dem Subsidiaritätsprinzip nimmt hingegen Korte, Aufgabenverteilung, S. 82 ff., an.

191 Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. III GG, Rdnr. 38 und Art. 28 GG Rdnr. 29.

räumliche, personelle, mit positiver oder negativer Ermächtigung, spezieller oder genereller Ermächtigung usw.[193], beschäftigt sich jedoch kaum mit dem Mechanismus einer Aufgabenzuordnung[194].

Erst wenn die rechtsstaatlichen, sozialstaatlichen und technischen Bedingungen einer Aufgabenzuordnung erkannt sind, kann auf die materielle Gestaltung der Selbstverwaltungsstruktur eingegangen werden.

I. Die Entscheidungszuständigkeit

1. Zentralisierungs- oder Dezentralisierungsprozesse als Verlagerung von Teilzuständigkeiten

Im Laufe der letzten 100 Jahre haben die europäischen Staaten eine machtvolle Zentralisierungsbewegung durchgemacht. Zwar wurden manchmal auch ganze Aufgabenbereiche von der niederen auf die höhere Verwaltungsebene gehoben, doch in der Regel erfolgt der noch heute anhaltende Zentralisierungsprozeß in einer langen Reihe von kleinen Änderungen. Zwar wird ständig behauptet, daß in Deutschland nach 1945 eine Dezentralisierungsbewegung in Gang gekommen sei[195]. Dies mag auf nicht kommunalem Selbstverwaltungsgebiet der Fall sein, nicht jedoch in der gemeindlichen Selbstverwaltung. Wenn auch im ganzen eine größere Aufgabenzuständigkeit vorzuliegen scheint, so wird jedoch übersehen, daß der Zentralisierungsprozeß nicht einen gesamten Aufgabenbereich erfaßt, sondern daß sich viele kommunale Zuständigkeitsfunktionen unabhängig voneinander verschieben.

---

[192] E. Becker, Grdr. 4/2, S. 717, schreibt: "Der universale Wirkungskreis der Gemeinden ist immer wieder erneuert worden, ohne daß die substantiell den Gemeinden zustehenden Aufgaben preisgegeben worden sind".

[193] Vgl. E. Becker, Verwaltung, S. 192.

[194] Ein wichtiger Ansatz ist jedoch die funktionale Unterscheidung der öffentlichen Aufgaben bei Ellwein, Einführung, S. 120.

[195] Ellwein, Einführung, S. 175.

z.B. kann die kommunale Legislative (Satzungsgewalt) für eine bestimmte Aufgabe zentralisiert werden, während die Administrative bei der Gemeindeverwaltung bleibt.

Weiter ist hier die Verlagerung der Finanzierungszuständigkeit für gemeindliche Aufgaben zu erwähnen (Vergleiche dazu Seite 96 ff.).

Auch eine Vielzahl echter politischer Verwaltungsentscheidungen[196] rückten in die Landesebene auf, sei es, daß die Ministerien über den Umweg einer Ausarbeitung und parlamentarischen Durchsetzung eines detaillierten Gesetzes, sei es durch Rahmenregelungen die politische Entscheidung an sich zogen.

Man muß die Augen für die Tatsache öffnen, daß eine Aufgaben(all)zuständigkeit nicht eine einheitliche Zuordnung einer Zuständigkeit zu einem Aufgabenträger zur Wahrnehmung darstellt, sondern in komplexer Form in mehrere Zuständigkeitsstufen zerfällt, die nur im Idealfall alle einem Träger zugeordnet sind, aber ebenso auf verschiedene Verwaltungsstufen verteilt sein können.

Der Grund liegt darin, daß es kaum eine öffentliche Aufgabe gibt, die von ein und demselben Träger, z.B. der Gemeinde, erfüllt wird. Je mehr Träger an der Aufgabenerfüllung beteiligt sind, desto mehr einzelne Zuständigkeiten können bestehen.

---

196 Vgl. bei Ellwein, Einführung, S. 95, 115, über die Verschränkung von Politik und Verwaltung in der Verwaltung.

Als Beispiel mag das kommunale Schulwesen dienen, das in NW eine weisungsfreie Pflichtaufgabe darstellt. Gemäß § 10 SchVG sind die Gemeinden verpflichtet, Volksschulen zu errichten und fortzuführen[197]. Die Gemeinden haben die erforderliche Einrichtung bereitzuhalten und können ihre Wünsche hinsichtlich der Ausgestaltung geltend machen. Da die Gemeinden oft nicht in der Lage sind, den Schulbauverpflichtungen aus eigener Kraft nachzukommen, müssen sie bis ins einzelne gehende Auflagen durch den Staat hinnehmen. Auch auf der personellen Seite des Schulwesens sind Staat und Gemeinde mit sachlichem Einfluß beteiligt. So ist die Zuständigkeit für die Besetzung von Planstellen nach einem komplizierten Schlüssel geregelt[198]. Die Schulaufsicht unterscheidet zwischen inneren und äußeren Schulangelegenheiten, was eine bis ins einzelne gehende Zuständigkeitsabgrenzung nach sich zieht. Weiter kommen Einzelzuständigkeiten der Kirche, der Elternschaft und der Lehrerschaft infrage.

Diese nur beispielhaft angeführte Aufteilung einer Aufgabenerfüllung in verschiedene Zuständigkeiten läßt erkennen, daß bei umfassenden Aufgaben eine Zuständigkeit weder eindeutig bei der Gemeinde noch beim Land bzw. einer anderen Körperschaft liegt. Es ist jedoch wenig sinnvoll, bei einer Zuständigkeitsaufsplitterung die Aufgabe pauschal als Gemeinschaftsaufgabe zu bezeichnen, da dann die tatsächlich mögliche Einflußnahme der Gemeinde auf eine Aufgabenerfüllung

---

[197] Vgl. zum kommunalen Schulwesen Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 66 ff.

[198] Vgl. etwa § 23 Abs. I d SchVG.

nicht mehr beurteilt werden kann[199].

2. Die drei Teilzuständigkeiten: Gestaltung, Vollzug, Finanzierung

Die Zuständigkeit in der öffentlichen Verwaltung besteht aus zahlreichen Entscheidungszuständigkeiten. Man kann unterscheiden zwischen Gestaltung, Vollzug und Finanzierung[200]. Philip unterscheidet "administration, the making of regulations (legislation), and finance". Das zunächst Verblüffende ist die Verbindung des Begriffes Finanzierung mit "administration" und "the making of regulations (legislation)". Während "Finanzierung" ziemlich klar die zur Erfüllung einer Aufgabe erforderliche Kapitalbeschaffung und den Kapitaleinsatz umfaßt, sind die beiden anderen Begriffe noch zu klären.

3. Die Differenzierung der Staatstätigkeit durch eine Strukturbetrachtung

Doch die Unterscheidung von "administration" und "the making of regulations (legislation)" macht insbesondere in Deutschland gewisse Schwierigkeiten. Staats- und verfassungsrechtliche Theorien haben auf die Aufgabenabgrenzung einen bedeutenden Einfluß ausgeübt und zu einer Verschleierung geführt.

a) Legislative, Exekutive, Judikative

Die Gewaltenteilungslehre hat sich als Dogma eingebürgert, demzufolge die Exekutive streng von der Legislative zu trennen ist. Besonders streng ist Hans Kelsen[201], der

---

[199] Vgl. dazu Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 146 ff.

[200] Vgl. Philip, Intergovernmental Fiscal Relations, S. 18 ff., wobei Philip jedoch nur in den Grundzügen gefolgt werden kann.

[201] Reine Rechtslehre, S. 269.

die Verwaltung als Ausführung der Gesetze definiert[202]. Die klassische Gewaltenteilung konnte nicht erzwingen, daß sich bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung die einzelnen Funktionen der Erfüllung (z.B. politische Willensbildung, Planung, Entscheidung, Vollzug, Kontrolle) auf die Verwaltungskörper der Legislative, Exekutive, Judikative konsequent aufteilten. Auch wenn die Verfassung diese Aufteilung verlangt, so ergibt die funktionelle Betrachtung, daß in jedem staatlichen Tätigkeitsbereich die Differenzierung der öffentlichen Aufgabenerfüllung vorgenommen werden kann in politische Willensbildung (sei es im parlamentarischen Vorfeld, in den parlamentarischen Organen oder auch in den Verwaltungsspitzen, die oftmals durch die Größe der Verwaltungsapparate allein in der Lage sind, politische Entscheidungen in Form von Gesetzesvorlagen zu fassen und gezielt durchzusetzen), Entscheidung und Vollzug.

b) Politik und Verwaltung

Auch die theoretische Unterscheidung von Politik und Verwaltung ist zum Dogma erhoben worden[203]. "In allen Regierungssystemen gibt es zwei primäre und höchste Funktionen der Regierung, nämlich die der Formung des staatlichen Willens und die Ausführung dieses Willens. In allen Staaten sind getrennte Organe in erster Linie mit der Erfüllung der einen oder anderen Funktion beschäftigt. Diese Funktionen sind Politik einerseits und Verwaltung andererseits[204].

Wenn man bedenkt, wie weit heutzutage in den Ministerien politische Entscheidungen und durch die vom Parlament

---

[202] Vgl. hierzu und zum folgenden Ellwein, Einführung, S. 77 ff., dem eine gewisse Entwirrung dieser Fragen zu verdanken ist.

[203] Ellwein, Einführung, S. 77ff. und dort zitiert nach J. Goodnow, Politics and Adminstration, S. 22.

[204] Goodnow, a.a.O., S. 22.

verabschiedeten zum Teil bis ins einzelne gehenden Gesetze Verwaltungsentscheidungen getroffen werden[205], kann man eine Aufteilung der Behörden in politische und in Verwaltungsbehörden nicht anerkennen.

c) Regierung und Verwaltung

Auf Grund einer funktionalen Analyse der öffentlichen Tätigkeit kommt Ellwein[206] zu dem Ergebnis, daß eine Unterscheidung in Regierung[207] und Verwaltung[208] notwendig ist. Öffentliche Tätigkeit als Regierung und Verwaltung ziehe sich durch die gesamte Staatstätigkeit hin.

Auch Wolff[209] sieht die Problematik der die traditionelle Gewaltentrennung durchbrechenden Gewalten im funktionalen Sinn. Ebenso untersucht er die Tätigkeit allein der Exekutive unter funktionalen Gesichtspunkten und unterscheidet zwischen Administrative und Gubernative. Damit wird die aus der Betriebswirtschaftslehre stammende funktionale Unterscheidung von Betriebsführung und Betriebsleitung in die staatliche Verwaltung übernommen. Bei der hier angeschnittenen Frage der funktionalen Gliederung der Staatsgewalt ist jedoch zu beachten, daß es sich dabei um zwei Themenkreise handelt, die auseinander zu halten sind: einmal die Staatsfunktionenlehre als Einteilung der Staatstätigkeit nach materialen - sach- und zweckgerichteten - Kriterien, zum anderen die Gewalten-

---

[205] Scheuner, Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DöV 1960, 601; Köttgen, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, S. 444.

[206] Einführung, S. 78, 80.

[207] Als Beaufsichtigung, Lenkung, Koordinierung, Planung, Entscheidung; vgl. Einführung, S. 87 ff., 124 ff., 145 ff.

[208] Mit den Kernfunktionen Ordnungsverwaltung, Dienstleistungsverwaltung, wirtschaftende Verwaltung, Organisationsverwaltung, Teilhabe an der politischen Führung; vgl. Einführung, S. 120 ff.

[209] VwR I §§ 16 II c, 17, 18.

gliederungslehre als Aufteilung der materialunterschiedlichen Staatstätigkeit auf verschiedene organisatorische Körper[210]. Zwar wird in Legislative, Exekutive und Judikative nur eine graduell verschiedene Staatstätigkeit ausgeübt, das Gewaltenteilungsprinzip wird dennoch erfüllt.

Nach Aufdeckung der funktionalen Durchbrochenheit des Verwaltungshandelns in den Verwaltungskörpern könnte man zu dem Schluß kommen, daß die Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht zu trennen ist von dem Prozeß, in dem entschieden wird, was eine öffentliche Aufgabe sein und wie sie erledigt werden soll[211]. Auch Entscheidungsvorbereitung und Vollzug ließen sich nicht sauber voneinander trennen, weil dieselbe Verwaltungsbehörde sowohl die Aufgaben stellen, planen, entscheidungsreife Vorlagen anfertigen und den Vollzug vornehmen könnte. Diese Überlegung ist jedoch nur bei der Betrachtung der gesamten Verwaltungsstruktur richtig.

4. Die Staatstätigkeit als Entscheidungshandeln

Bei der Betrachtung einer einzelnen Aufgabe kann sehr wohl auseinander gehalten werden, wer die politische Initiative zur Lösung eines Problems entwickelt, wer die Vorbereitung, Entscheidung, den Vollzug und auch die Kontrolle vornimmt. Eine Differenzierung der Zuständigkeiten in Einzelentscheidungen ist auch dann möglich, wenn verschiedene Entscheidungsstufen von demselben Träger wahrgenommen werden (z.B. die politische Vorbereitung einer Abwassersatzung und Vollzug durch die Gemeindeverwaltung).

Termini wie Legislative - Exekutive, Regierung - Verwaltung, Politik - Verwaltung[212] werden in der Regel bei der

---

[210] Krawietz, Das positive Recht, S. 53.

[211] So Ellwein, Einführung, S. 80.

[212] Vgl. Bülck, Abhängigkeit und Selbständigkeit in der Verwaltung, S. 63.

Betrachtung der Gesamtstruktur aller Tätigkeit im staatlichen Bereich angewandt[213].

Bei der Zuständigkeitsdifferenzierung der Erfüllung einer einzelnen öffentlichen kommunalen Aufgabe ist nur auf diese abzustellen, da im Konfliktsfall, also beim Rechtsprechungsakt in der Regel nur die Zuordnung einer einzelnen Aufgabe zu beurteilen ist, zu der eine theoretische Betrachtung der Verwaltung oder der Verwaltungsstruktur keine Hilfe leistet.

5. Die Abstufung der Entscheidungshierarchie

Man kann dabei die Stufen: politische Willensbildung, Vorbereitung, Planung, Entscheidung zu der Funktion "Gestaltung" zusammenfassen. Von der Gestaltung läßt sich, wenn auch mit fließendem Übergang, der Vollzug absetzen.

a) Das Kriterium: der Grad der Programmkonkretisierung in Richtung auf die Einzelaufgabe

Die Einzelentscheidungen werden ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt der Entscheidungen je nach Bedeutung der Einzelentscheidung im Gesamtmechanismus auf zwei Stufen aufgeteilt. Der Entscheidungsmechanismus stellt eine Hierarchie dar, die von der allgemeinen Entscheidung zur konkreten verläuft. Dabei interessieren nur die im Entscheidungsmechanismus feststellbaren Konkretisierungstendenzen. Es handelt sich nicht um die Hierarchie

---

[213] Vgl. bei Ellwein, Einführung, a.a.O., die verschiedenen Bedeutungen dieser Gegenüberstellungen und auch bei Wolff, VwR I, §§ 16,17,18,19, der auf die materiellen, funktionellen und organisatorischen Sinngehalte dieser Begriffe hinweist. Trotz der funktionalen Betrachtungsweise der Staatstätigkeit beschränken sich Wolff und Ellwein auf die Struktur der Verwaltung, Verwaltungsbereiche oder Verwaltungskörper, sezieren jedoch nicht nach gleichen Gesichtspunkten die Erfüllung einer einzelnen Aufgabe.

in einem Zweck/Mittel-Schema[214].
Die jeweils untergeordnete Entscheidung wird von der übergeordneten allgemeineren Entscheidung her bestimmt. Für die Einflußnahme des Entscheidenden ist daher wichtig, einmal, an welcher Stelle der Entscheidungshierarchie sich seine Zuständigkeit befindet, und zum anderen, mit wem er sie auf gleicher Stufe teilen muß.

Da man bei der Betrachtung einer öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht ständig alle Entscheidungsstufen untersuchen kann, erscheint eine zweistufige Aufteilung nach den obigen Gesichtspunkten in Gestaltung und Vollzug praktikabel. Bei dieser funktionalen Differenzierung kommt es bei der Beurteilung der Zuständigkeitslage nicht mehr darauf an, welcher Verwaltungskörper (z.B. die Exekutive) tätig wird, oder in welcher Weise die staatliche Tätigkeit ausgeübt wird (ob durch Gesetz, Verordnung, VA, anderweitige Einflußnahme), sondern allein auf die Bedeutung dieses Tätigwerdens einer bestimmten Instanz auf die gesamte Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

---

[214] Eine Beurteilung des Verwaltungshandelns nach einer Einordnung in die Hierarchie der Zwecke (vgl. dazu schon kritisch Simon, Das Verwaltungshandeln, S. 4, 44ff.) ist abzulehnen, da sich aus empirischen Untersuchungen komplizierter Verwaltungssysteme ergibt, daß das einzelne Verwaltungshandeln nicht notwendig zweckorientiert ist.
Vielmehr differieren im organisierten Verwaltungssystem Systemzweck und Motiv der Einzelentscheidung. Das System kann sogar mit widerspruchsvollen Zielen ausgestattet sein. (Simon, a.a.O., und weitergehend Luhmann, Herrschaft-Zweck-System, S. 129 ff., der Zweck und Herrschaft als Grundlage des Weberschen Bürokratiemodells durch eine funktionale Systemtheorie zu ersetzen versucht. Vgl. auch die Ersetzung des einfachen Zweck/Mittel-Schemas bei der betriebswirtschaftlichen Unternehmensanalyse durch eine Kombination der Zielsetzung aller Entscheidungsträger. (So Bidlingmaier, Unternehmerische Zielkonflikte, S. 149 ff.) Im Ergebnis kommt dies der Systemtheorie nahe.

b) Das Problem der Gleichartigkeit des Entscheidungshandelns

Wenn man die Verwaltung als System[215] zur Herstellung bindender Entscheidungen ansieht[216], in welchem die Komplexität der Umwelt aufgenommen und für die Umwelt durch generalisierte Programmierung in ausgeworfene Entscheidungsergebnisse reduziert wird[217], dann könnte man die Problemlösungsstufen (z.B. von der Grundnorm "Die Würde des Menschen ist unantastbar" bis zur

[215] Zu der von der Soziologie entwickelten Systemtheorie hat insbesondere Talcott Parsons beigetragen. Literaturangaben über Organisations- und politische Soziologie finden sich bei N. Luhmann, Theorie, S. 30, Fußnote 35. Einen Überblick über Parsons Theorien und anderer amerikanischer Literatur geben Charles P. Loomis, Zona K. Loomis, Modern Social Theories, S. 327 ff., wobei mit einer besonderen vergleichenden Methode die Theorien der neueren amerikanischen Soziologie herausgearbeitet werden. Die neuere Entwicklung zu einer Systemtheorie skizziert Parsons in: "Some Highlights..." auszugsweise übersetzt in "Moderne amerikanische Soziologie" und in: "Die jüngsten Entwicklungen...", S. 30 - 49.

[216] Vgl. Luhmann, Theorie, S. 64 ff., 70. Zweite Grundlage für die Verwaltung als Handlungssystem ist die Entscheidungstheorie. Vgl. die weitgehend amerikanische Literatur bei Luhmann, Theorie, S. 49 ff. Die Problemvereinfachung der relevanten Umweltkomplexität erfolgt nicht systemextern durch einen Konkurrenzmechanismus, sondern systemintern durch Entscheidungsprozesse. Die Erforschung des menschlichen Problemlösungsverhaltens liegt dabei weitgehend im Bereich der Psychologie.

[217] Wolff, VwR I, § 2 I b, S. 8, kritisiert mit Recht diesen Versuch einer Charakterisierung der öffentlichen Verwaltung. Als System zur Herstellung verbindlicher Entscheidungen wird die Verwaltung nicht von anderer Staatstätigkeit z.B. der Justiz, ja nicht einmal von privatwirtschaftlicher Verwaltung sicher abgegrenzt. Wenn sich auch die Frage nach einer absoluten Abgrenzung von Exekutive, Legislative und Judikative nach funktionaler Untersuchung der Staatstätigkeit als falsche Fragestellung herausstellt (man kann diese Einteilung vielmehr nur als Kommunikationsschranke betrachten, die sich der Kommunikation nur in bestimmter Richtung und auf bestimmte Weise öffnet - von der Legislative in die Verwaltung nur durch Gesetze -) so wird jedoch

Entscheidung "Herr A bekommt zur Unterstützung DM 100,-- aus öffentlichen Mitteln") vielfältig unterteilen. Von der Programmformulierung in der Verfassung über die Ausgestaltung in einem Gesetz, nähere Konkretisierung in einer Verordnung bis zur eigentlichen Verwaltungstätigkeit liegen Entscheidungsstufen, die an sich gleichwertig sind, da es sich jeweils nur um eine Problemverlagerung von der höheren auf die niedere Ebene, bis zur verwaltungsmäßig oder juristisch faßbaren Einzelfrage[218] handelt.

c) Das Hilfsmittel: die unterschiedliche Programmierung

Bei dieser über mehrere Stationen laufenden Problemverschiebung ist es jedoch möglich, den Übergang von der generellen Programmierung zum Programmvollzug festzustellen.

Erleichternd und damit motivierend für die Unterscheidung in Gestaltung und Vollzug ist die Tatsache, daß sich die Verwaltung als Handlungssystem bei der Herstellung der Entscheidung zwei in technischer Weise verschiedener Programmarten bedient, des Zweckprogramms und des Konditionalprogramms[219].

aa) Das Zweckprogramm

Als Grundlagen jedes rationalen Handelns werden Kausalketten in vereinfachender Weise zu Entscheidungsprogrammen strukturiert. Einmal wird eine bestimmte Wirkung

---

[217] v. S. 70 -Fortsetzung-
gerade das Typische der Verwaltung, das öffentliche Tätigwerden, nicht dargestellt. In ähnlicher Weise übt Renate Mayntz, Soziologie, S. 42, Kritik. Die Verwaltung als Handlungssystem erfaßt jedoch die für die Zuständigkeitsabgrenzung wesentlichen Entscheidungsvorgänge jedes Verwaltungshandelns. Auf diese typischen Entscheidungsvorgänge kommt es hier bei der Untersuchung des Ablaufs einer öffentlichen Aufgabenerfüllung an.

[218] Luhmann, Theorie, S. 95, spricht von einer Problemverkleinerung.

[219] Vgl. Luhmann, der diese Unterscheidung in verschiedenen Publikationen vertritt, z. B. in Öffentlichrechtliche Entschädigung, S. 30; Luhmann's Ansichten basieren auf

zum Zwecke des Handelns erhoben (z.B. "Gemeinwohl"), wodurch in Konkurrenz mit anderen Zweckvorstellungen (z.B. Freiheitsrechte des Einzelnen[220]) sich aus den beim Einzelzweck theoretisch zahlreichen geeigneten Ursachenkombinationen einige wenige mit den verschiedenen Zweckvorstellungen nicht oder im Kompromißwege erträglich kollidierenden Ursachenkombinationen im Entscheidungswege herausschälen[221].

bb) Das Konditionalprogramm

Demgegenüber wird beim Konditionalprogramm eine bestimmte Ursache als Tatbestand festgelegt, bei dessen auslösendem Eintritt eine bestimmte programmierte Entscheidung zu erfolgen hat. Simon[222] unterscheidet demgegenüber zwischen programmiertem und nicht programmiertem Entscheiden. Nur das Konditionalprogramm sieht er als Entscheidungsprogramm an[223]. Diese Ansicht beruht auf der betriebswirtschaftlichen Entscheidungslehre, die der Routineentscheidung die freie Entscheidung gegenübersetzt[224]. Zweckorientiertes Handeln ist jedoch in einem sich in einer komplexen Umwelt befindlichen System (z.B. die Verwaltung, Unternehmung) niemals auf einen Zweck ausgerichtet und somit in der Auswahl der Alternativen relativ frei, sondern auf ein Zielsystem[225] verschiedener Grundwerte. Die Festlegung des Zielsystems ist Programmierung. Die Unterscheidung von Zweck- und Konditionalprogramm knüpft an an die zeitliche Orientierung des Entscheidungs-

---

[219] S. 71 - Fortsetzung - den Untersuchungen von James G. March/Herbert A. Simon, Organisations, S. 141 ff.

[220] und nicht wie Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 30, meint: "von selbst".

[221] Vgl. zu einer weiteren Differenzierung des Entscheidungsprozesses Heinen, Das Zielsystem der Unternehmung, S. 19 ff., dargestellt für unternehmerische Entscheidungen.

[222] The New Science of Management Decision, S. 5 ff.

[223] Vgl. Heinen, Das Zielsystem, S. 24, und Luhmann,

handelns in der Kausalkette, in der die Entscheidung eingreift. Das Zweckprogramm ist von der zukünftigen Entwicklung bestimmt (Bei Einsatz eines beliebigen Mittels soll der Zweck A erreicht werden). Das Konditionalprogramm legt fest, daß bei Vorliegen eines in der Vergangenheit liegenden auslösenden Faktors eine bestimmte Entscheidung zu erfolgen hat (Wenn ..., dann...). Durch die Zeitstruktur (Vergangenheit und Zukunft) bedingt, existiert notwendig neben dem vergangenheitsorientierten Konditionalprogramm ein zukunftsorientiertes Zweckprogramm.

Konditionalprogramm und Zweckprogramm werden als entscheidungstechnische Kalkülmodelle betrachtet[226]. So wird die bei einer bestimmten Tatbestandsverwirklichung in einem Sachverhalt geltende Rechtsfolge[227], auch wenn sie nicht eine konkrete Entscheidung regelt, als Teil des Programms aufgefaßt.

Beispiel:

Die Verfassungssätze des Art. 1 GG "Die Würde des Menschen ist unantastbar" und des Art. 20 Abs. I GG "Die Bundesrepublik ist ... ein sozialer Bundestaat" sind die Programmformulierungen des Sozialstaats als Zweckprogramm[228]. Das Sozialstaatsproblem wird (neben vielen anderen Problemverkleinerungen z.B. durch private karitative Hilfe, Familienfürsorge) weiter durch das Bundessozialhilfegesetz faßbar gemacht. Dabei enthält das BSHG selbst mehrere Stufen: Die generelle

223 - Fortsetzung S. 72 -
Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 30.

224 Heinen, Das Zielsystem, S. 19 ff.; auf diese Lehre ist noch später einzugehen.

225 Heinen, Das Zielsystem, S. 24.

226 Vgl. Luhmann, Theorie, S. 101.

227 Grundschema des Rechtssatzes nach Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., S. 149 ff., 160, 195.

228 Sie sind schon Problemdefinierung und Problemlösung zugleich - vgl. Luhmann, Theorie, S. 94 -, nämlich u.a. handliche Ersatzformeln für das Bestandsproblem:

Programmierung in § 1 Abs. 2, wonach es Aufgabe der Sozialhilfe ist, dem Empfänger "die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht" (Zweckprogramm), und die nähere Konkretisierung z.B. in den §§ 11 ff. BSHG (Konditionalprogramm). Der Vollzug des Konditionalprogramms erfolgt durch Feststellung des Bedürftigkeitstatbestands und Auszahlung durch eine Verwaltungsbehörde[229].

cc) Gestaltung/Vollzug - Zweckprogramm/Konditionalprogramm

Zu der Gestaltung einer Aufgabe gehören somit alle politischen Willensbildungen und Entscheidungen, die eine konkrete Auswirkung auf die Aufgabenlösung erkennen lassen und als Zweckprogramm bis einschließlich zur Umformung in ein justitiables Konditionalprogramm ("Wenn der Tatbestand vorliegt, dann...") formuliert sind[230].

Vollzug ist die Anwendung des allgemeinen Konditionalprogramms auf den konkreten Fall. Bis ins einzelne regelnde Maßnahmegesetze gehören nach unserer funktionalen Betrachtung auch zum Vollzug, ebenso wie die verwaltungsrechtliche Ermessensentscheidung, die in ihrer Grundstruktur zweckorientiert ist. Zu beachten ist weiter, daß auf der Gestaltungsebene nicht notwendig das Zweckprogramm in ein Konditionalprogramm umgeformt werden muß[231].

"Ein Teil der Bevölkerung lebt im Gegensatz zur übrigen Bevölkerung in materieller Not."

[229] Bei Betrachtung dieser Entscheidungskette ist es für die Zuständigkeitsabgrenzung Gemeinde/Staat unsinnig, ständig aufs neue Verfassungsgrundentscheidungen zu diskutieren und dafür eine kommunale Zuständigkeit zu beanspruchen. Man muß sich vielmehr unter Akzeptierung grundlegender Staatszwecke mit der Zuständigkeitsabgrenzung auf einer niederen Ebene der Abstraktion befassen.

[230] Vgl. dazu und zu der bemerkenswerten Einschränkung des Rechts auf Konditionalprogramme: Luhmann, Theorie, S. 88.

[231] Luhmann, Theorie, S. 101.

So kann als Zweck weiter aufrechterhalten werden: "die wirtschaftliche Sicherung der Arbeitsplätze im Gemeindegebiet". Auf der Vollzugsebene erfolgt die durch keinen Rechtsanspruch gesicherte Förderung dieses Zwecks im einzelnen durch eine Subventionszahlung an einen Unternehmer.

6. Zwischenergebnis

Die Zuständigkeit einer Verwaltungseinheit ist bezüglich jeder einzelnen Aufgabe gesondert zu untersuchen. Die Entscheidungskette mit ihren jeweiligen Entscheidungszuständigkeiten wird wegen der abgrenzbaren unterschiedlichen Einflußmöglichkeiten auf die Aufgabenerfüllung in Gestaltung und Vollzug unterteilt. Im Bereich der Gestaltung erfolgt die Entscheidung in der Regel nach einem Zweckprogramm, im Bereich des Vollzuges nach einem Konditionalprogramm.

II. Die Untersuchung des gemeindlichen Entscheidungshandelns

1. Empirische Untersuchungen

Untersucht man die Kommunalverwaltung nach gestaltenden oder vollziehenden Tätigkeiten, in der Regel bestimmt durch Zweckprogramm oder Konditionalprogramm, dann wird man feststellen, daß insbesondere die Aufgaben des Wirtschafts-, Bau-, Sozial, Jugend-, Personal- und Gesundheitswesens, in der Hauptsache bei der Bescheidung von Anträgen, meist in strenger Bindung an vorgegebene Entscheidungen vollzogen werden[232].

Die in der Berliner und Kölner Kommunalverwaltung (bzw. Bezirksverwaltung) angestellten Ermittlungen ergaben, daß nicht nur den untersten Ausführungsbeamten, sondern den Aufgabenträgern selbst die willensbildende Entscheidung im größten Teil ihres Tätigkeitsbereichs durch vorgefertigte

---

[232] Vgl. dazu die umfassende empirische und theoretische Untersuchung von Hartfiel/Sedatis/Claessens, Beamte und Angestellte in der Verwaltungspyramide, S. 80 ff., S. 86.

konkrete Normierung genommen wurde[233].

2. Die Justizförmigkeit der Verwaltung

Die obige Entwicklung beschränkt sich nicht nur auf die Eingriffsverwaltung, sondern erfaßt auch stark die Leistungsverwaltung. Steuer- und Sozialverwaltung werden zunehmend justizförmig[234]. Beispielhaft ist das BSHG von 1961. Nach § 96 sind (die Kreise und) die kreisfreien Städte Träger der örtlichen Sozialhilfe. In den §§ 11 ff. wird eine bis ins einzelne gehende Regelung der konkreten Sozialhilfeentscheidungen vorgenommen, die letztlich nur noch mehr oder weniger ein Gesetzesvollzug ohne echte Entscheidungsgewalt darstellt (vgl. § 22 BSHG und die DVO zu § 22 vom 20.7.62, und die DVO vom 20.7.62 zu § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG, die mit Regelsätzen und festen Geldbeträgen den Kommunalbeamten zu mechanischer Subsumtion zwingen[235]. Zunächst sei festgestellt, daß der Zentralstaat (Bund oder Land), in der Gesetzgebung der historischen Entwicklung weiter folgend, mehr und mehr die Gesetzestechnik der Zweckprogrammierung verdrängt und durch das Konditionalprogramm ersetzt hat.

Dieser Entzug der kommunalen Entscheidungsgewalt wird in der Literatur zum Teil nicht gesehen. Es besteht immer noch die Meinung, daß die Verwaltung nur zu einem geringen Prozentsatz in der Gesetzesanwendung bestehe[236]. In der Regel wird die Vollzugszuständigkeit mit der Zuständigkeit

---

[233] Vgl. das ähnliche Ergebnis der Untersuchung einer amerikanischen Behörde für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenunterstützung; zit. bei Luhmann, Recht und Automation, S. 38, Fußnote 7.

[234] Köttgen, Die gegenwärtige Lage, S. 443.

[235] Daß der einzelne Bürger durch die genaue Normierung der Sozialhilfe begünstigt wird, ist die positive Seite der Entwicklung.

[236] Vgl. Hans Peters, Verwaltung, S. 6; Ellwein, Einführung, S. 175, glaubt sogar, eine Dezentralisierungsbewegung feststellen zu können.

gleichgesetzt und man spricht nur von Aufgabenerfüllung[237].

Zum Teil wird jedoch der Entzug der Entscheidungsfreiheit als Folge der Justifizierung der Verwaltung erkannt[238] und auf Faktoren wie Verwirklichung des Wohlfahrtsstaates, Wirtschaftslenkung, Rechtsstaatsgedanke zurückgeführt.

3. Die Entscheidungsfreiheit

Die Entscheidungsfreiheit einer Verwaltungsbehörde wird in erster Linie durch die vom Zentralstaat ausgeübte Gesetzestechnik bestimmt. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, daß die Normen abstrakt oder konkret gefaßt sind[239], sondern ob die Behörde den angestrebten Zweck mit den sich ihr gerade anbietenden Realisierungsmöglichkeiten nach eigener Wahl erreichen (Zweckprogramm), oder ob sie bei Eintritt eines bestimmten Tatbestandes der programmierten Rechtsfolge in ihrem Handeln entsprechen soll (Konditionalprogramm).

a) Bei der Tatbestandsauslegung

So kann der Tatbestand einer Norm einen unbestimmten Rechtsbegriff enthalten. Dennoch hat die Behörde keine Entscheidungsfreiheit, d.h. keine Wahl zwischen mehreren richtigen Auslegungsmöglichkeiten. Sie kann durch Gesetzesauslegung nur die einzig richtige Möglichkeit herausfinden. Der Gesetzgeber hat das Auffinden der richtigen Auslegung der Praxis und Lehre überlassen, um eine gewisse Elastizität der Norm zu erreichen. Ein eindeutig herausgearbeiteter Tatbestand könnte sich einer Änderung der gesellschaftlichen

---

[237] Hettlage, Die Gemeinden in der Finanzverfassung, S. 1 ff.

[238] Scheuner, Die Aufgabe der Gesetzgebung, S. 607; Köttgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, S. 34.

[239] So Hartfiel, Beamte und Angestellte, S. 88, 97.

Verhältnisse nicht anpassen.

Der Grund dafür, daß es zu einem bestimmten Zeitpunkt nur eine Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs geben kann, ist nicht ein rechtsstaatlicher oder sonstiger in der Tiefe verfassungsrechtlicher Werte begründeter Gedanke, sondern weil dies ein technisch notwendiges Kriterium eines Konditionalprogramms ist. Wenn man die Rechtsfolge an das Vorliegen eines Tatbestandes knüpft und auf diese Weise Konfliktsentscheidungen verbindlich regelt, dann kann man auf eine klare Entweder/oder-Struktur auf der Tatbestandsseite nicht verzichten[240]. Luhmann geht von der historischen Verknüpfung von Recht und Ethik aus mit der zweiwertigen Logik von rechtsmäßig und rechtswidrig, die ein Drittes ausschließt[241]. Es handelt sich jedoch bei der Programmierungstechnik nicht um eine Frage der Ethik (was Luhmann wohl erkennt). Durch die Aufstellung des Konditionalsatzes "wenn..., dann..." ist der Entscheidungsträger dem Willen des Gesetzgebers bezüglich des Ingangsetzens und Ablaufs der Entscheidung unterworfen. Schon wenn man zwei richtige Auslegungen eines unbestimmten Rechtsbegriffes anerkennt, stellt man dem der Norm unterworfenen Entscheidungsträger den auslösenden Faktor seines Handelns und damit die Normanwendung zur Disposition. Die Ausübung eines Tatbestandsermessens ist Rechtsetzung[242] oder Setzung eines neuen Tatbestandes in der gestaltenden Verwaltung. Es kann demzufolge eine wahlweise unterschiedlich richtige Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auf der Tatbestandsseite nicht geben. (Eine andere Frage ist die eventuelle Duldung eines Beurteilungsspielraumes

---

[240] Luhmann, Recht und Automation, S. 137.

[241] Vgl. auch Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 24.

[242] Vgl. dazu Wolff, VwR I, § 31 II a.

bei der richterlichen Nachprüfung.)[243]

Bei einer funktionalen Betrachtung ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß das Konditionalprogramm (Routineprogramm), das in der Regel (als eine hochgradig vereinfachte schematische Umweltdarstellung durch Generalisierung) eine Reduzierung der Umweltkomplexität erleichtern soll, möglicherweise durch den Gesetzgeber bewußt zweifelhaft programmiert wird, um dem Verwaltungsbeamten auf diese Weise eine wie eine Rechtsetzung oder ein gestaltendes Verwaltungshandeln wirkende Tatbestandsanpassung zu erlauben[244].

Indiz für solche etwas außerhalb der Legalität in den Tatbestand eingebaute Mehrdeutigkeiten, die wegen der Geltung des Konditionalprogramms als besonders subjektive Entscheidungsschwierigkeiten behandelt werden müssen, sind bestimmte "Einschätzungsbegriffe", für die die Rechtsprechung einen Beurteilungsspielraum gewährt[245].

b) Bei der Ermessensentscheidung

Eine gewisse Entscheidungsfreiheit erhält die Verwaltungsbehörde bei der Ermessensentscheidung. Ein Ermessen ist gegeben, wenn ein Konditionalprogramm mit einem Zweckprogramm dergestalt kombiniert wird, daß die Behörde bei Vorliegen eines Tatbestandes wahlweise die Verwirklichung einer von verschiedenen Rechtsfolgen wählen kann. Innerhalb rechtsstaatlich bedingter Schranken[246] hat die Behörde die Freiheit, eine sach-

---

[243] Larenz, Methodenlehre, 1960, S. 227, der dort jedoch noch von einer echten Entscheidungsbefugnis der Behörde bei unbestimmten Wertbegriffen spricht.

[244] Luhmann, die Programmierung von Entscheidungen und das Problem der Flexibilität, S. 331.

[245] Vgl. Wolff, VwR I, § 31 I 4.

[246] Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 85.

dienlich erachtete Maßnahme zu ergreifen. Sie hat innerhalb des Konditionalprogramms auf der Rechtsfolgeseite das zur Zweckerreichung (des Gesetzes) geeignetste Mittel auszuwählen.

Die Orientierung nach dem Zweck (oder den Zwecken), die aus dem Gesetz oder übergeordneten Rechtssätzen zu entnehmen sind, erfolgt jedoch nicht nur bei den verwaltungsbehördlichen Ermessensentscheidungen[247], sondern bei allen allgemeinen Zweckprogrammen, für die Kommunalverwaltung also insbesondere bei Art. 28 II GG.

Da das Zweckprogramm an die Wirkung des Verwaltungshandelns anknüpft, also von der zukünftigen Entwicklung der Kausalkette bestimmt ist, bietet es eine weit größere Gestaltungsmöglichkeit des Mitteleinsatzes als das Konditionalprogramm, das von einem in der Vergangenheit liegenden Umweltereignis auf festgelegte Weise in Gang gesetzt wird[248].

Unter dem Gesichtspunkt der Gesetzestechnik wäre daher zur Verwirklichung der gemeindlichen Allzuständigkeit ein größtes Maß an Zweckprogrammierung zu fordern[249].

---

[247] Dies allein sieht Hartfiel, Beamte und Angestellte, S. 88 ff.

[248] Luhmann, Theorie, S. 87; vgl. auch Ekkehart Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 98-102, 106 ff.

[249] Vgl. dazu Hartfiel, Beamte und Angestellte, S. 102, der, Werner Kägi in: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 169 ff., 174 folgend, den Übergang der Gesetze von der generell abstrakten zur individuell konkreten Anordnung als Degeneration des Gesetzes ansieht. Wie oben gezeigt, verringert diese Entwicklung zwar die Entscheidungsfreiheit der Behörde, der wesentliche Einschnitt erfolgt jedoch mit der Zurückdrängung auch des kombiniert eingesetzten Zweckprogramms.

III. Systeme mit weitgehender Zweckprogrammierung

1. Die Unternehmung

Daß es möglich ist, ein Verwaltungshandeln weitgehend zweckspezifisch zu programmieren, d.h. die Informationsverarbeitung im Entscheidungsprozeß auf künftige Umweltereignisse auszurichten, zeigt die Wirtschaftswissenschaft, die ihre Entscheidungsmodelle weitgehend an Zwecksetzungen anknüpft. Die klassische Rationalitätskonzeption der Wirtschaftswissenschaften kann man als Zweck/Mittel-Rationalität charakterisieren[250].

Auch wenn die jüngste Entwicklung der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie vom monistischen Modellansatz der Gewinnmaximierung abgerückt ist[251] und neben dieser andere Handlungsziele berücksichtigt (Umsatz, Liquidität, Gewinn Dritter usw.),[252] so handelt es sich doch um ein zweckorientiertes Entscheiden, das auf eine Kombination von Zielvorstellungen gerichtet ist[253].

Die Zielsetzung bei Mehrpersonen-Unternehmen ist nicht mit dem Individualverhalten eines Einmann-Unternehmens gleichzusetzen. Dennoch muß von der Zielkonzeption der Unternehmung gesprochen werden. Im Unternehmen als einem sozialen System sind die Einzelentscheidungen zwar durchaus nicht allein auf die Unternehmensziele ausgerichtet, eine ge-

---

[250] Vgl. Bidlingmaier, Zielkonflikte und Zielkompromisse, S. 18 und Bidlingmaier, Unternehmerziele und Unternehmerstrategien, S. 172 ff., 174. Auf die Ersetzung der Zweck/Mittel-Rationalität (die letztlich auf dem Einzelhandel beruht) durch die Systemrationalität (beruhend auf einer Systemanalyse durch Vergleich von Handlungsalternativen durch das Vordringen der Systemtheorie auch in der unternehmerischen Entscheidungslehre kann nicht eingegangen werden.

[251] Heinen, Das Zielsystem, 1964, S. 29,59 ff., mit der neueren amerikanischen Literatur und Strasser, Zielbildung, S. 12.

[252] Stützel, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien, S. 769 ff., 780.

[253] Bidlingmaier, Zielkonflikte und Zielkompromisse, S. 17 ff.

meinsame Zielkonzeption bewirkt jedoch erst ein organisationsmäßiges Zusammenwirken[254]. "Die Zielkonzeption der Gesamtunternehmung ist als einigendes Handlungsprinzip zugleich Basis für die Formulierung von Subzielen, Auswahlkriterien oder Entscheidungsregeln, durch die das Verhalten der Teilsysteme in das Gesamtsystem integriert werden soll."[255] Die Zielentscheidung ist ein Wahlakt zwischen Zielalternativen, unabhängig davon, auf welcher hierarchischen Ebene oder für welches Projekt sie zu treffen sind.
Keine "echten Entscheidungen" sind nach einem Teil der unternehmerischen Entscheidungslehre[256] sogenannte Routineentscheidungen. Diesen gehen keine planenden (zweckgerichteten!) Überlegungen voraus. "Sie werden vielmehr auf Grund früherer Erwägungen unter Verwendung schematischer Faustregeln getroffen."[256] Treffender wäre die Unterscheidung in konditionalprogrammierte und zweckprogrammierte Entscheidungen, um die Entscheidungstechnik offenzulegen.

Allen Betriebsangehörigen werden über ein entsprechendes Informationssystem die Ziele des Gesamtbetriebes und der Teileinheiten laufend mitgeteilt. Sodann werden die Entscheidungsträger auf den verschiedenen hierarchischen Ebenen überwacht und durch Belohnen und Bestrafen zur Einhaltung der vorgegebenen Ziele veranlaßt.[257]
Eine wichtige Frage ist dabei die Bewältigung der unternehmerischen Zielkonflikte, um den untergeordneten Ent-

---

[254] Bidlingmaier, a.a.O.

[255] Bidlingmaier, Zielkonflikte und Zielkompromisse, S. 19.

[256] Heinen, Das Zielsystem, S. 19 ff.

[257] Die Verwirklichung des Unternehmens- oder des Behördenziels ist für den Entscheidungsträger nur ein Mittel zur Erreichung seines Individualziels.

scheidungsträgern brauchbare Entscheidungsprämissen zu liefern[258].

Wenn auch in der unternehmerischen Praxis bisher noch kein verbindliches Zielsystem definiert wird[259], so dringen die noch jungen Ergebnisse der Zielforschung mit ihren Entscheidungsregeln mehr und mehr in die Praxis und verfeinern die unternehmerische Zielorientierung.

2. Die Verwaltung kommunistischer Staaten

Eine starke Berücksichtigung hat das Zweckprogramm auch in den kommunistischen Ländern Osteuropas gefunden. Der theoretischen Grundkonzeption des geschlossenen kommunistischen Systems entsprechend, wird jedes Verwaltungshandeln von den Gesellschaftszielen bestimmt. Einmal ist jeder Entscheidungsträger selbst zur Einhaltung des sozialistischen Programms verpflichtet. Zum anderen erfolgt eine Kontrolle seines Verhaltens insbesondere in den zur Staatsverwaltung gehörenden Wirtschaftsverwaltungen durch eine Gesellschafts- oder Parteiorganisation. Diese ist parallel zur Verwaltungshierarchie aufgebaut und durchsetzt sie. Die Partei gibt ihren Zellen periodische Anweisungen, welche Stellung diese zu den anfallenden Arbeitsproblemen einnehmen sollen. Wichtige Richtlinien werden im Parteiorgan veröffentlicht[260]. Neben dieser laufenden Verweisung und Festlegung des Entscheidungsträgers auf die Gesellschaftsziele erfolgt eine Beschränkung des behördlichen Handelns durch ein förmliches Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsverfahren in den kommunistischen Staaten ist von einer strengen Gesetzmäßigkeit beherrscht[261]. Zur Durchsetzung der sozialistischen Gesellschaftsziele wurde

---

[258] Bidlingmaier, Unternehmerische Zielkonflikte, S. 149 ff.

[259] Vgl. die empirischen Untersuchungen bei Heinen, Das Zielsystem, S. 37 ff.

[260] Ditz, Industrielle Verwaltung im kommunistischen Osteuropa, in: Bürokratische Organisation, S. 396.

[261] Franz Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren, S. 82 ff.

das "Prinzip der sozialistischen Gesetzmäßigkeit"[262] entwickelt, das grundsätzlich die Aufhebung eines jeden dem Gesetz und insbesondere der kommunistischen Ideologie widersprechenden Zustandes verlangt[263]. Wichtigste Maßnahme zur Wahrung des öffentlichen Interesses ist die Einschaltung des Staatsanwalts in das Verwaltungsverfahren. Er kann gegen alle Verwaltungsentscheidungen Einspruch einlegen. Darüberhinaus gelten das Prinzip der Öffentlichkeit und das Prinzip der Mündlichkeit. Verwaltungsakte können nur unter bestimmten Umständen aufgehoben werden[264]. Trotz Anwendung des Zweckprogramms (neben dem Konditionalprogramm) kommt man so zu einem Rechtsschutzsystem, das natürlich nicht dem Individualinteresse, sondern der Gemeinschaft im ganzen dienen soll. (Die Rechtsstellung des einzelnen wird dadurch nach kommunistischer Auffassung nicht beeinträchtigt, da durch die Ideologie eine künstliche Übereinstimmung von Recht und Ethik erzwungen wird).[265] Eine den Gesellschaftszielen entsprechende Verwaltungsentscheidung ist auch für den Bürger richtig.)[266]

3. Die Verwaltung im Polizeistaat

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, daß der dem konstitutionellen Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts in Deutschland vorausgehende Polizeistaat seine, wenn auch beschränkte Verwaltungstätigkeit nicht völlig wahllos und beliebig, sondern

---

[262] Bilinsky, Die Reform der örtlichen Verwaltung in der UdSSR, S. 89.

[263] Becker/Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 61 ff., 82.

[264] Franz Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren, S. 82.

[265] Kline, Socialist Legality and Communist Ethics, S. 21 ff.; Karewa, Recht und Moral in der sozialistischen Gesellschaft, S. 81. 113.

[266] Luhmann, Recht und Automation, S. 41 ff., 137 und insbesondere zu den Folgeproblemen der Zweckprogrammierung, S. 36 Fußnote 12.

zweckorientiert ausübte. Man versuchte auf der einen Seite, die Verwaltungsentscheidung auf den erstrebten Zweck auszurichten. (Ein interessantes Überbleibsel dieser Rechtstechnik ist der Schluß von der Aufgabe auf das Mittel.) Auf der anderen Seite wollte man den Gefahren einer völligen Freiheit in der Entscheidung über die Grundziele des Staates verhindern. Philosophie und verwandte Geisteswissenschaften setzten dem Herrscher ethische und moralische Grundprämissen, die als Verwaltungsethos in die einfache Verwaltung Einzug hielten[267]. Es herrschte zwar kein höherer Individualwille als der des Monarchen, dieser war jedoch nicht die einzige Rechtsquelle in einer Zeit, in der das Recht vorwiegend nicht gesetzt, sondern erkannt wurde. Souveränitätsvorstellungen, aber auch die Programmierung des Verwaltungshandelns erfuhren durch den Umschwung zum Verständnis des Rechts als staatlich gesetzter Norm eine grundlegende Änderung. Marksteine sind die großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts[268]. Der an überstaatlichen Anschauungen orientierte Souveränitätsgedanke mußte im konstitutionellen Staat dem Gedanken der staatlichen Souveränität weichen[269]. Der Schwerpunkt in der Entscheidungsprogrammierung verlagerte sich vom Zweckprogramm zum Konditionalprogramm.

IV. Die Entscheidungsprogrammierung im Rechtsstaat

Im Polizeistaat historischer Prägung, in der kommunistischen Staatsverwaltung sowie in der Unternehmensverwaltung werden

---

[267] Luhmann, Recht und Automation, S. 40, 41.

[268] Herzog, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, S. 418; Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, S. 8 ff., der einen Ansatz zu dieser Entwicklung schon bei Francis Bacon sieht. Vgl. zum Zusammenhang zwischen Sozialordnung und Generalisierung des Rechts: Luhmann, Grundrechte, S. 166.

[269] Dazu Kelsen, Das Problem der Souveränität, S. 83.

somit Entscheidungsprämissen in sehr viel größerem Umfang durch Zweckprogramme geliefert (neben Konditionalprogrammen und mit diesen kombiniert). Es ist zu prüfen, inwieweit das Zweckprogramm auch im Rechtsstaat angewandt werden kann.

1. Die Unternehmensrationalität

Im Unterschied zur Unternehmensverwaltung, die im Verhältnis zur Umwelt wie jede andere Rechtsperson in der Regel gleichgeordnet handelt, stellt die Staatsverwaltung für die Umwelt in der Regel bindende Entscheidungen her. Die Anforderungen an die für die Umwelt unverbindliche unternehmerische Entscheidung entsprechen den Anforderungen an das Handeln jedes Rechtssubjekts. Unternehmerisches Handeln muß sich im Rahmen der Rechtsordnung halten. Innerbetriebliche Entscheidungsprämissen müssen in erster Linie der Systemerhaltung, Gewinnmaximierung, Liquiditätserhaltung, Umsatzsteigerung usw. zugunsten der Systemgrenze Eigentümer oder auch Arbeitnehmerschaft dienen; sie unterliegen jedoch darüberhinaus keinen besonderen Anforderungen aus der Umwelt. Innerbetriebliche Entscheidungen, die nicht der Umwelt angepaßt sind, bleiben wirkungslos. Es ist letztlich eine Frage der Rationalität, ob die Entscheidungsprämisse für unternehmerisches Handeln durch Zweck- oder Konditionalprogramm gesetzt wird. Da das Zweckprogramm wegen seiner abstrakten Form flexible Entscheidungen zuläßt, wird es im unternehmerischen Bereich bevorzugt. Für eine Vielzahl von gleichartigen Entscheidungsvorgängen wird jedoch ein Konditionalprogramm genommen[270], da beim Konditionalprogramm nur eine Auslegung der Prämisse und Subsummierung zu erfolgen hat, nicht aber eine stets neue Auswahl von Alternativen. Nachteil des Konditionalprogramms ist es, daß es nicht zu optimalen Einzelentscheidungen führen kann. Die bewußte Inkaufnahme einer nur durchschnittlichen Entscheidung wird durch die Rationali-

[270] z.B. bei der Kontoführung in einer Bank.

sierungsmöglichkeiten bei einer Vielzahl gleichartiger Entscheidungsvorgänge aufgewogen.

2. Die Verwaltungsrationalität

a) Die Rationalisierung zugunsten der System/Umwelt-Grenze

Verwaltungshandeln wird nicht zugunsten eines Eigentümers oder zugunsten des Verwaltungspersonals rationalisiert, sondern zugunsten der Systemgrenze Umwelt. Legitimiert durch die Staatsgewalt nimmt die Verwaltung Umweltkomplexität in sich auf, vermindert diese durch Problemverkleinerung für die Umwelt und gibt verbindliche Entscheidungen als tragbare Verhaltenslasten an die Umwelt ab[271]. Dadurch werden die Ziele des Verwaltungshandelns von dem Verhältnis Verwaltungssystem/Umwelt geprägt.

Während bei der Unternehmung der Eigentümer kraft seiner von der Rechtsordnung verliehenen Gewalt den größtmöglichen Gewinn des Systems (der Unternehmung) für sich verlangen kann, und er die unternehmerischen Entscheidungen unter diesem Gesichtspunkt als Zweck- oder Konditionalprogramm programmiert, muß die Verwaltung in ihren Entscheidungsprämissen den Anforderungen der Umwelt, hervorgehoben u.a. in verfassungsmäßigen Grundentscheidungen, folgen, um den Bestand des Verwaltungssystems zu sichern[272]. Im Gegensatz zum Unternehmen steuert die Umwelt, "mediatisiert" durch die Parteien[273], kanalisiert über das Parlament, das Entscheidungshandeln des Verwaltungssystems.

---

[271] Luhmann, Theorie, S. 89 ff.

[272] Die Frage nach dem Zweck der Verwaltung wird in der Literatur kaum gestellt. Vgl. jedoch Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, S. 297 ff.

[273] Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 70 ff., 76.

Das Zielsystem der Verwaltung richtet sich nicht auf Gewinnmaximierung, Umsatzsteigerung usw., sondern auf eine Ordnung des menschlichen Zusammenlebens, die von einer politischen Auffassung bestimmt ist.

b) Die Zweck-Idee des Staates

Wertträger ist der einzelne oder die Gesamtheit. Nach liberaler Auffassung ist der Persönlichkeitswert ein unendlicher und daher berechtigt, sich auch gegen ein noch so großes Mehrheitsinteresse durchzusetzen[274]. "Demokratisches Denken dagegen mißt ihm nur einen endlichen Wert bei, d.h. die summierten Persönlichkeitswerte einer Mehrzahl gehen denen einer Minderheit vor. Während Demokratie nur formale rechtliche Freiheit gewährt, fordert Sozialismus materielle Demokratie, d.h. die tatsächliche wirtschaftliche Freiheit für den einzelnen, ohne sich jedoch von dem individualistischen Endziel zu entfernen. Die überindividualistische organische Lehre ist dagegen die Grundlage der autoritären oder konservativen Parteien, nach welcher der Staat, das Ganze, nicht um der Glieder willen, sondern die Glieder um des Ganzen willen da sind und die Staatsaufgaben über den Interessen auch der Mehrheit der Staatsbürger stehen." [275]

c) Die Zweck-Idee des Rechtsstaates

Die Zweck-Idee des demokratischen Rechtsstaates verlangt im Gegensatz zum diktatorischen Staat (z.B. dem historischen

[274] Vgl. Gustav Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 27 ff.

[275] Radbruch, a.a.O. Daß die Demokratie nur formale rechtliche Freiheit gibt, ist eine Definitionsfrage. Die Demokratie verliert ihren formalen Charakter im demokratischen Rechts- und Sozialstaat einer politischen bürgerlichen Gesellschaft. Vgl. dazu Wiethölter, Rechtswissenschaft, 165 ff. 178, 179.

Polizeistaat oder dem kommunistischen Staat osteuropäischer Prägung), daß die Persönlichkeitswerte des Einzelnen gegenüber den Gemeinschaftswerten gewahrt bleiben.
Dazu bedarf es nicht nur eines ausreichenden Rechtsschutzes durch die Gerichte[276], einer materiellen Gerechtigkeit durch den Gesetzgeber[277], sondern auch der Juridifizierbarkeit[278] der Entscheidungsprogramme des staatlichen Handelns, dergestalt, daß die Rechtssphäre des Individuums mit seinen Rechten und Pflichten gegenüber der Allgemeinheit abgegrenzt werden kann.

d) Rechtsstaatlichkeit und Programmierung

"Zweckprogramm und Konditionalprogramm haben jedoch eine unterschiedliche Affinität zum positiven Recht".[279]
Bei der Entscheidung nach einem "Wenn..., dann ..."-Satz eines Konditionalprogramms kann auch ein Dritter den Sachverhalt dem Tatbestand unterodnen und die getroffene Entscheidung mit der Rechtsfolge des Programms vergleichen. Eine solche staatliche Machtäußerung ist meßbar. Im Zusammenhang mit den geschriebenen Zuständigkeiten kann sie vorausgesehen und vorausberechnet werden[280].
Zweckprogramme sind dagegen rechtlich nur schwer meßbar, weil der Zweck das Handeln typisch nicht eindeutig festlegt, sondern nur als Gesichtspunkt für den Vergleich und die Auswahl geeigneter Mittel fungiert.
Rechtsstaatlichkeit verlangt nicht nur ein Höchstmaß an materieller Einzelgerechtigkeit, wie sie durch Optimierung der Entscheidung das Zweckprogramm bieten könnte.

---

[276] Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, S. 429.

[277] Dazu Menger, Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung S. 161.

[278] Luhmann, Recht und Automation, S. 40; vgl. zu den weiteren Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit Maunz, Staatsrecht, § 10 II 3.

[279] Luhmann, Recht und Automation, S. 38.

[280] Maunz, Staatsrecht, § 10 II 3 e.

Einzelgerechtigkeit kann auch eine Diktatur erbringen, indem sie das Individualinteresse dem Gesamtinteresse unterordnet und damit bei Verwirklichung des Gesamtinteresses gleichzeitig (durch künstliche Festlegung) das Einzelinteresse verwirklicht. Rechtsstaatlichkeit verlangt Rechtssicherheit, also das meßbare und voraussehbare Handeln nach einem Konditionalprogramm. Nur das juridifizierbare Konditionalprogramm kann formelle Gerechtigkeit schaffen zum Schutze der Individualsphäre, allerdings unter Verzicht auf Optimierung der Entscheidung[281].

Eine Zweckrationalität des Rechts im Rechtsstaat[282] ist der Ausgleich zwischen Individual- und Gesamtinteresse und verlangt dabei soziale Berechenbarkeit, die das für alle Alternativen offene Zweckprogramm nicht gewähren kann.

Daneben besteht die Rationalität des Rechts im Ausgleich der im modernen Industriestaat immer komplizierter werdenden Interessenkonflikte und der Stützung des Wirtschaftssystems[283]. Gerade im letzteren Bereich ist die Rationalität des Rechts von ethischen Fragen vollständig gelöst. Das Recht dient als Entscheidungshilfe zur Aufrechterhaltung eines komplizierten Wirtschaftssystems. Als Entscheidungshilfe für kompliziertere Verwaltungen wird das Konditionalprogramm das Zweckprogramm mehr und mehr ablösen und damit, wenn auch nicht die Einzelgerechtigkeit, so doch die Rechtssicherheit stärken.

---

[281] Vgl. dazu Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 30, der mit seiner Forderung, daß das gesetzte Recht auf Tatsachen gegründet sei und nicht den Richter auf eigene Werturteile über den Einzelfall verweist, sowie daß die rechtsbegründenden Tatsachen möglichst irrtumsfrei festzustellen sind, der Forderung nach dem Konditionalprogramm nahekommt.

[282] Anders Luhmann, Recht und Automation, S. 134 ff., der eine Trennung von Recht und Zweckrationalität feststellt und dem Recht nur eine Kontrollfunktion der rein technisch verstandenen Zweckwirksamkeit des Staates zuweist.

Dies zeigt folgende Überlegung. Zweck- und Konditionalprogramm sind nicht sich ausschließende Alternativen einer Programmierung, nämlich, daß in einer Kausalkette entweder an die eingehende Information als auslösende Ursache die programmierte Folge geknüpft wird, oder daß das Programm auf eine Wirkung (Zweck) abstellt, die das System erreichen soll[284]. Man muß bedenken, daß beim Zweckprogramm ein Einzelzweck alle physikalisch denkbaren Realisierungsmöglichkeiten in sich trägt und nicht nur einige wenige[285]. Erst mit vielfacher Zwecksetzung scheiden übermäßig stark mit anderen Einzelzwecken kollidierende Verwirklichungsmöglichkeiten aus. Es wird immer schwieriger, nicht mit den Einzelzwecken übermäßig kollidierende Verwirklichungsmöglichkeiten aufzufinden. Der Auffindungsprozeß muß bei jeder neuen Einzelzweckverwirklichung vorgenommen werden. Da alle Zwecke wenigstens teilweise erfüllt werden müssen, sind Orientierungshilfen für wiederkehrende Einzelsituationen notwendig. Nur ein Konditionalprogramm gibt die erforderliche Entscheidungshilfe. Ein kompliziertes Zweckprogramm erfordert notwendigerweise viele Konditionalprogramme. Verwirklichung des Konditionalprogramms ist gleichzeitig Verwirklichung des Zweckprogramms.

---

[283] Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1947, S. 387 ff., 395, und Luhmann, Recht und Automation, S. 134 ff.

[284] Die Alternative betont jedoch Luhmann, Recht und Automation, S. 134 ff.

[285] Vgl. demgegenüber Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigigung, S. 30.

Die große Umweltkomplexität in den Industriestaaten erfordert eine komplizierte Verwaltung. Diese stellt erhöhte technische und ökonomische Anforderungen an die Formalisierung eines verwaltungsinternen Regelsystems. Die "Existenz eines ausgebauten formalen Regelsystems sichert die Ordnung und Voraussehbarkeit der Abläufe im System, ihre Invarianz gegenüber einer Fluktuation und Mobilität der Mitglieder, die Gewährleistung des inneren Zusammenhanges und die Stabilität der Reaktionsweisen"[286]. Durch rechtlich verbindliche Konditionalprogramme erfolgt eine Normierung einer kalkulierten, kompromißweisen erlaubten Kollision der Einzelentscheidung mit dem übergeordneten Wertesystem (Zielsystem). Dies ist zugleich eine Definition für das Rechtsstaatsprinzip.

Ineinandergreifend fordern die verwaltungsmäßige Entscheidungstechnik des modernen Industriestaates und der Rechtsstaatsgedanke eine verstärkte Anwendung des Konditionalprogramms.
Darüberhinaus verdient das Konditionalprogramm im Rechtsstaat den Vorzug vor dem Zweckprogramm bei der Sicherung der Systemgrenze des Verwaltungssystems, und zwar einmal gegenüber der Umwelt und zum anderen gegenüber dem Verwaltungspersonal.
Die Verwaltung als Handlungssystem zur Herstellung bindender Entscheidungen für die Umwelt muß danach trachten, daß die Prämissen ihres Handelns allein dem staatlichen (verfassungsmäßigen) Zielsystem entsprechen[287]. Nur von der legitimierten gesetzgebenden Versammlung dürfen Einflüsse

---

[286] So Renate Mayntz, Theorie der Organisation, in: Der Staat, 1965, S. 215 ff., 217.

[287] Dagegen überzeichnet Luhmann die Selbststeuerung des sozialen Systems - z.B. in Funktionen und Folgen formaler Organisation, S. 75 - als Selbsterhaltungsmechanismus. Vgl. dazu die Differenzierung des Selbsterhaltungsstrebens bei Mayntz, Theorie der Organisation, S. 220.

auf die Verwaltung ausgehen. Nur durch strenge Abschließung der Verwaltung von anderen Systemgrenzen kann das Entscheidungshandeln der Verwaltung unter Kontrolle gehalten werden[288]. Bei Vermischung von Umweltkomplexität mit dem Handlungssystem kann eine rationale Problemverkleinerung nicht mehr stattfinden. An der besonders umkämpften Systemgrenze Verwaltung/Umwelt werden im modernen Sozialstaat immer neue Forderungen auf staatliches Tätigwerden gestellt. Durch Einordnung des staatlichen Handelns in die Rechtsgebundenheit und Formenstrenge eines Konditionalprogramms kann eine Schranke des Müssens errichtet werden[289]. Umweltkomplexität wie der Rechtsstaatsgedanke fordern die Normierung klarer Tatbestände auch für die leistende Verwaltung.

Die Systemgrenze Verwaltung/Beamte (Entscheidungsträger) kann in kontrollierbarer Weise nur durch Formulierung der Entscheidungsprämisse in Tatbestand und Rechtsfolge abgegrenzt werden. Bei einem Zweckprogramm ist es kaum möglich, sachfremde Beweggründe aus dem Entscheidungshandeln auszuschalten. Rechtsstaatlichkeit verlangt jedoch möglichst neutrale nachvollziehbare Verwaltungsentscheidungen[290].

Die Abgrenzung des Verwaltungssystems von seinen Umwelten ist somit ebenfalls Prinzip des Rechtsstaates.

e) Sozialstaatliche Momente

Mit dem rechtsstaatlichen Verlangen nach stärkerem Einsatz des Konditionalprogramms sind auch sozialstaatliche Elemente

---

[288] Luhmann, Theorie, S. 76, nennt als Grenzen Politik, Publikum, Personal.

[289] Vgl. dazu Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DöV 1955, S. 587 ff., 588 und Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandeln, DVBl. 1960, S. 297 ff., 301.

[290] Luhmann, Recht und Automation. S. 43.

verknüpft. Die verfassungsrechtliche Kombination von Rechtsstaat und Sozialstaat führt dazu, daß trotz verstärkter güterverteilender Funktion des Staates (statt eingreifender Funktion) der Staat immer justizförmiger wird, da der Leistung der Verwaltung immer mehr ein Rechtsanspruch des Bürgers gegenübersteht. Dabei besteht die Gefahr, daß die Gestaltungsfreiheit der Verwaltung nicht so sehr durch eine perfektionistische Verwaltungsgesetzgebung als durch ein perfektes System von Ansprüchen der Bürger gegen die Verwaltung eingeschränkt wird[291]. Um die unbedingte Gleichwertigkeit der Leistungen sicherzustellen, sind die staatlichen Leistungen gesetzlich zu normieren[292]. Auch das Sozialstaatsprinzip fordert das Konditionalprogramm, wenn man von den wenigen Fällen einer allein zweckgerichteten schnellen Hilfe im Notfall absieht. Dies führt zu einer Einengung des Verwaltungsspielraumes.

V. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, daß sich die gemeindliche Allzuständigkeit zwar auf einen weitreichenden Aufgabenkatalog ausgedehnt hat, große Bereiche des kommunalen Verwaltungshandelns (nicht nur der Ordnungs- und Fürsorgeverwaltung) sind jedoch auf den Gesetzesvollzug beschränkt worden. So läuft Art. 78 VerfNW, wonach die Gemeinden die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung sind, weitgehend leer. Die Gestaltung der Aufgaben und damit die echte Entscheidungszuständigkeit liegt vielfach bei den Ministerien und beim Gesetzgeber. Auf der anderen Seite kann der Justizförmigkeit der Verwaltung nicht begegnet werden. Die Juridifizierung der Verwaltung ist eine notwendige

---

[291] Franz Mayer, Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung, S. 14; E. Becker, Grundrechte 4/2, S. 729.

[292] Rasch, Die staatliche Verwaltungsorganisation, S. 10, 144 ff.

rechtsstaatliche, entscheidungstechnische, sozialstaatliche Folge der dem Grundgesetz unterworfenen großen Komplexität der sozialen Verhältnisse in unserem Staat. Die Forderung, Landes- oder Bundesgesetze nicht allzu detailliert zu erlassen, um dadurch der kommunalen Verwaltung eine freie Mittelauswahl oder ein Ermessen einzuräumen, widerspricht den obigen Prinzipien.

Der kommunalpolitische Streit über eine Alternative zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis oder weisungsfreier und weisungsgebundener Kommunalverwaltung muß, wie schon oben angedeutet, vor der Alternative kommunale Gestaltung örtlicher Angelegenheiten und kommunaler (Gesetzes-) -vollzug örtlicher und überörtlicher Angelegenheiten verblassen. Es ist irrig, ein echtes aluid zwischen den Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und dem Gesetzesvollzug anzunehmen[293], da es nur eine Frage der Eingriffstechnik ist, wann die Gestaltung einer örtlichen Angelegenheit durch Juridifizierung zum Vollzug herabgesetzt wird und umgekehrt.

Es bleibt daher nur die Möglichkeit, auf eine echte Allzuständigkeit der Verwaltung zu verzichten oder aber man gibt der Gemeinde die Zuständigkeit auch für die Gestaltung der örtlichen Aufgaben, so daß der Gemeinderat das Konditionalprogramm setzt, falls dieses erforderlich ist. Voraussetzung dafür ist die Schaffung leistungsfähiger Selbstverwaltungseinheiten. Kleine Gemeinden von nur einigen hundert Einwohnern können nicht Träger eines umfassenden Selbstverwaltungsrechts gemäß Art. 28 II GG sein.

Nachdem die Grenzen aufgezeigt wurden, die für eine Selbstverwaltungsstruktur in einem modernen rechts- und sozialstaatlichen Industriestaat bestehen, ist auf die Finanzierungszuständigkeit

---

[293] Köttgen, Kommunale Wirtschaftsförderung, S. 19.

einzugehen.

VI. Die Finanzierungszuständigkeit

1. Die Ausstrahlung der Finanzierungszuständigkeit auf Gestaltung und Vollzug

Mit Gestaltung und Vollzug wäre der vollständige Entscheidungsvorgang bei der Erledigung einer Aufgabe erfaßt. Der Entscheidungsablauf ergreift den gesamten Mitteleinsatz, also auch den Kapitaleinsatz.

Entweder handelt es sich um eine Entscheidung direkt über den Kapitaleinsatz als verteilende Ausgabe, z.B. im Fürsorgebereich - oder auch als umverteilende Ausgabe durch Stellen einer Verwaltungsleistung, ohne den entsprechenden Gegenwert zu verlangen, z.B. im Straßenbau[294], oder um eine Entscheidung über den mittelbaren Kapitaleinsatz im Bereich der Ordnungs- und Organisationsverwaltung zur Erhaltung des organisierten Systems. Im letzteren Fall, also bei Aufwendungen zur Erhaltung des Systems, ist es in der neueren Organisationslehre streitig, ob der Mitteleinsatz noch der einzelnen Aufgabenerfüllung als "Kosten der Mittel" zugerechnet werden kann. Allgemein wird angenommen[295], daß Voraussetzung dafür die eindeutige Kausalität und Vergleichbarkeit der Kosten ist. Da eine eindeutige Zurechenbarkeit in der Regel fehlt, wird die Bestandserhaltung neben der Zweckerfüllung als selbständiges Problem des Systems gesehen[296]. Auch in der Praxis erfolgt keine Aufschlüsselung der allgemeinen Verwaltungskosten auf das einzelne dem Bürger gegenüber bedeutsame Verwaltungshandeln. Dennoch läßt sich bei einer Aufgabenzuordnung auf einer höheren Entscheidungsebene der Gestaltung, z.B.

---

[294] Vgl. dazu die verschiedenen Theorien der Finanzsoziologie bei Mann, Finanztheorie und Finanzsoziologie, S. 28.

[295] Vgl. Luhmann, Zweck-Herrschaft-System, S. 138 und die angegebene Literatur.

[296] "Ohne eine theoretisch befriedigende Formel für das Verhältnis beider zu finden", Luhmann, Zweck-Herrschaft-System, S. 138.

bei einer Regelung durch Gesetz, abschätzen, welche Kosten dem Verwaltungskörper beim Vollzug entstehen werden. Daß dies zum Teil nicht geschieht, hat andere - oft taktische - Gründe.

Die Finanzierung einer Aufgabe ist damit eine selbstverständliche Kernfrage jeder verwaltungsmäßigen Problemstellung (ebenso wie die Beschaffung einer qualifizierten Beamtenschaft). Die Finanzierung wird daher in der Verwaltungstheorie oft nur als technisches Problem der Beschaffung und des Einsatzes von Verwaltungsmitteln angesehen, das insbesondere nach der hier vertretenen Theorie der Verwaltung als soziales Handlungssystem zur Herbeiführung bindender Entscheidungen im Entscheidungsprozeß offenbar keine besondere Bedeutung verdient[297].

Die Entscheidung über die Finanzierung gewinnt jedoch dadurch an Bedeutung, daß sie im Gegensatz zu der Entscheidung über den Einsatz anderer Verwaltungsmittel in auffälliger Weise oft aus den Zuständigkeiten für Gestaltung und Vollzug herausgelöst ist und von einer anderen Verwaltungsebene - gleichgültig ob mit oder ohne Berechtigung - wahrgenommen wird. Die Zuständigkeitsabspaltung der Finanzierungsfrage wird durch die Knappheit der Finanzmittel - Steuern sind nicht beliebig erhöhbar - und durch die überwiegend zentrale Steuererhebung durch Bund und Länder begünstigt.

Eine kommunale Entscheidung auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung, aber auch der übrigen Verwaltung kann zwar unabhängig von der Finanzierungsfrage erfolgen. Ohne Bereitstellung von Finanzmitteln kann sie jedoch nicht ausgeführt werden. Dies ist zwar eine kaum eintretende "Extremsituation",

---

[297] So wird die Finanzierung der Aufgaben weder von Luhmann, Theorie, noch von Ellwein, Einführung, erwähnt.

sie kennzeichnet jedoch die Einwirkungsmöglichkeit einer Finanzierungszuständigkeit. Diese reicht bis zur völligen Unterbindung einer Verwaltungstätigkeit. Neben die Zuständigkeiten für Gestaltung und Vollzug einer Aufgabe tritt somit die Finanzierungszuständigkeit, obwohl der Begriff "Finanzierung" sich gedanklich auf einer anderen Ebene befindet als die Gestaltung und der Vollzug einer Aufgabe[297a].

Die Ausstrahlung der Finanzierung einer Aufgabe auf deren Gestaltung und Vollzug wurde erst in der Neuzeit bedeutungsvoll. Durch die ständige Erhöhung der Steuersätze und durch neue Steuerarten ist in vielen Staaten das Steueraufkommen auf 1/3 bis 1/4 des Volkseinkommens gestiegen. Da die örtliche Verwaltung in der Bundesrepublik wesentliche Bereiche der Daseinsvorsorge zu besorgen hat, sind die Gemeinden in bedeutendem Maße in den volkswirtschaftlichen Geldkreislauf eingeschaltet[298]. Höhere staatliche Ziele beschränken daher die Steuerhoheit der Gemeinden. Sowohl die Objekthoheit (das Recht zur Auferlegung und Ausgestaltung der Steuer) als auch die Ertragshoheit (das Recht zur Vereinnahmung und Verwendung des Steueraufkommens) ist begrenzt. Im Interesse einer gleichmäßigen Besteuerung ist eine zentrale Erhebung vorrangig. Diese ist wünschenswert, da der Bürger auf Grund der innerstaatlichen Freizügigkeit und guten Kommunikationsmöglichkeiten sich bei seiner privaten und gewerblichen Standortwahl einer verschiedenen Besteuerung anpassen würde. Dies würde zu steuerbedingter Fluktuation und eventuell einseitigen und damit krisenanfälligen gewerblichen Strukturen führen. Aus wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen (Gleichheitssatz!) Gesichtspunkten erfolgt deshalb eine weitgehend zentrale Steuererhebung. Die Zentralisierung der Steuererhebung muß jedoch auf der anderen Seite durch Ausgleichszahlungen des Staates an die örtliche Verwaltung ausgeglichen werden, wenn

---

297a Gestaltung und Vollzug sind Entscheidungsstufen. Auch die Finanzierungszuständigkeit kann in verschiedene Entscheidungsstufen unterteilt werden (z.B. Entscheidung über den Mitteleinsatz und über die Auszahlungsmodalitäten).

298 Philip, Intergovernmental Fiscal Relations, S. 33.

letztere auf der Ausgabenseite noch einen Teil ihrer Eigenzuständigkeit bewahren soll. Falls diese Zuweisungen an weitgehend neutrale Kriterien - wie die Schlüsselzuweisungen in NW - gebunden sind, besteht keine Gefahr einer Ausstrahlung der zentralen Behörden auf die lokale Verwaltung[299].

2. Die eigenen kommunalen Steuerquellen

Die Forderung nach der Erweiterung der kommunalen Steuerquellen[300] ist jedoch unrealistisch, da diese notwendig mit strukturellen Unterschieden im kommunalen Bereich verbunden sind, die wohl im "Biedermeierstaat" des 19. Jahrhunderts toleriert werden konnten[301], heutzutage jedoch zu gesamtwirtschaftlich unerwünschten Fluktuationen führen[302] und mit der Forderung nach Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse kollidieren würden. (Auf die volkswirtschaftlichen Fragen kann hier nicht eingegangen werden.)

3. Die Finanzhoheit

a) Der Umfang der Finanzierungszuständigkeit

Die aus dem Grundsatz der Allzuständigkeit folgende Freiheit der Entscheidung über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft läßt sich nur verwirklichen, wenn ausreichende und gesicherte Finanzmittel zur Verfügung stehen[303], gleich aus welcher Quelle[304]. Steigende finanzielle Abhängigkeit

[299] Hettlage, Die Gemeinde in der Finanzverfassung, AfK 1964, S. 13.

[300] Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, 1967, S. 45 ff.

[301] Vgl. v. Unruh, Spannungen zwischen Staats- und Selbstverwaltung im Rechtsstaat, S. 441 ff., 450.

[302] Vgl. auch Köttgen, Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung, S. 79 ff.; vgl. z.B. die Entwicklung der kommunalen Finanzzuweisungen in Schleswig-Holstein, die fast die Hälfte der kommunalen Steuern ausmachen und sich von 1955 - 1966 mehr als vervierfacht haben. Sachverständigengutachten Schleswig-Holstein 1968, S. 15; vgl. Littmann, Die Gestaltung des kommunalen Finanzsystems unter raumpolitischen Gesichtspunkten, S. 4 ff., mit einer Statistik über die Gemeindeeinnahmen 1950, 1955, 1959, 1963, wonach die speziellen Finanzzuweisungen quantitativ den allgemeinen Finanzzuweisungen entsprechen.

[303] Trögergutachten, S. 85, Ziff. 326.

[304] Klein, Die Stellung der Gemeinden im Grundgesetz, S. 1 ff.

vom Staat bedeutet Rückgang der eigenverantwortlichen Selbstverwaltung.[305] Lehre[306] und Rechtsprechung folgern aus dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, daß der Staat die finanzielle Grundlage der Gemeinden nicht derart schmälern darf, daß dadurch die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben außerstande sind.[307] Auch die Finanzhoheit gehört nach der Rechtsprechung des VerfGH NW[308] zum essentiellen Wesenskern der Selbstverwaltung.

Die Stein'sche Städteordnung gab den Gemeinden die während des Absolutismus beseitigte Verfügungsgewalt über das Gemeindevermögen wieder. Heute wird die Finanzhoheit als Ausfluß der Allzuständigkeit von den Länderverfassungen anerkannt.

Eine Verbesserung des Gemeindefinanzsystems und eine Verstärkung der Gemeindefinanzmasse brachte das Finanzreformgesetz.[309] Gem. Art. 106 Abs. 6 GG n.F. steht den Gemeinden wie bisher das Aufkommen der Realsteuern zu. Das Aufkommen der örtlichen Verbrauchs- und Aufwand - steuern, das den Gemeinden bisher nach Landesrecht zustand, wird ihnen nunmehr durch das Grundgesetz zugewiesen. Das Hebesatzrecht der Gemeinden für die Realsteuern ist verfassungsrechtlich verankert worden.

Im Hinblick auf eine zukünftige Senkung der Gewerbesteuer wurde in Artikel 106 Abs. 6 Sätze 4 bis 6 vorgesehen, daß der Bund und die Länder durch eine Umlage an dem Aufkommen

---

[305] BayVerfGHE vom 3.6.1959, VGH n.F. 12 II 48.

[306] Hettlage, Die Gemeinde in der Finanzverfassung, AfK 1964, S. 9 und Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 45 ff.

[307] BVerwGE vom 12.6.1959, in SammelBVerwG (11) Art. 28 GG Nr. 11.

[308] VerfGH NW in OVGE 9, 74.

[309] Einundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969, Bundesgesetzblatt Teil I 1969 S. 359 ff.

[310] Dinkel, Gemeindefinanzreformgesetz, S. 3 ff.

[310a] Pagenkopf, DÖV 1970, 299 ff. weist jedoch darauf hin, daß die Streuungsintensität von Einkommen- und Gewerbesteuer fast parallel läuft (a.a.O. S. 305).

der Gewerbesteuer beteiligt werden können. Stattdessen erhalten die Gemeinden gem. Art. 106 Abs. 5 GG einen Anteil am Aufkommen der Einkommensteuer, der von den Ländern an die Gemeinden weiterzuleiten ist. Indem ein Teil der konjunkturempfindlichen und stark streuenden Gewerbesteuer durch einen Anteil an der weniger konjunkturempfindlichen Einkommensteuer[310a] vertauscht wird[310], wird die Stellung der Gemeinde gestärkt. Man hat versucht, die Einkommensteuer als echte Steuer der Gemeinden auszugestalten. Obwohl Art. 106 Abs. 5 Satz 3 erlaubt, daß ein Gemeindefinanzreformgesetz den Gemeinden das Recht gibt, die Hebesätze für den Gemeindeanteil festzulegen, hat der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Die neue Finanzverfassung läßt die schon bestehende Verpflichtung der Länder, die Gemeinden am Länderanteil der Gemeinschaftssteuern zu beteiligen, ebenso wie die Regelung der Landessteuern unberührt.

Das Gemeindefinanzreformgesetz vom 8.9.1969[310b] bringt den Gemeinden ab 1.1.1970 durch den Austausch von Einkommen- und Gewerbesteuer eine gewisse Erhöhung ihrer Einnahmen. In dieser Regelung ist eine Verbesserung der Gesamtfinanzmasse der Gemeinden in Höhe von rd. 1,4 Mrd. DM pro Jahr[311] enthalten. Dies ist jedoch noch keine ausreichende Verbesserung des Gemeindefinanzsystems. Weder wurde eine echte E weiterung der finanziellen Entscheidungszuständigkeit der Gemeinden herbeigeführt, noch wurden die ungerechten Steuerkraftunterschiede zwischen den Gemeinden in der erforderlichen Weise abgemildert[312].

Zwar begründet das Finanzreformgesetz mit Art. 104a Abs. 4 n.F. GG die verfassungsrechtliche Grundlage für Finanzhilfen an die Länder für besonders bedeutsame Investitionsmaßnahmen der Länder und Gemeinden. Da das Nähere dieser Bestimmung nicht nur durch Bundesgesetz, sondern auch auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung geregelt

310b BGB 1. I S. 1587, 311 vgl. Pagenkopf a.a.O. S. 304.

312 Pagenkopf a.a.O. S. 305 mit kritischer Anmerkung zur Gemeindefinanzreform.

werden kann, besteht keine geringe Gefahr, daß sich diese Hilfen zu weisungsgebundenen Finanzhilfen entwickeln werden. Ein großer Teil des Finanzbedarfs der Gemeinden und Gemeindeverbände wird durch Finanzzuweisungen der Länder gedeckt. In Nordrhein-Westfalen betragen diese Zuweisungen über 4 Mrd. DM, wobei die allgemeinen Finanzzuweisungen (Schlüsselzuweisungen und sonstige allgemeine Finanzzuweisungen) und die zweckgebundenen Zuweisungen sich ungefähr die Waage halten.[314]

Bei der Verwendung der zweckgebundenen Zuweisungen ist die Entscheidungsfreiheit der Gemeinden stark eingeschränkt. (Vgl. Seite 103 ff.)[315]

Gebühren, Beiträge und Entgelte als spezielle Deckungsmittel der Gemeinden machen knapp 15 % der Gemeindeeinnahmen aus.[316] Sie sind weitgehend zweckbezogen und auch gesetzlich geregelt. (z.B. die Erschließungsbeiträge in den §§ 127 ff. BBauG.)

Von der Zuständigkeit der Gemeinden, ihre Einnahmen und Ausgaben selbst zu regeln, bleibt somit als eigenverantwortlich nur übrig[317]: das Recht zur Erstellung eines eignen Haushalts- und Stellenplanes, das Recht, im Rahmen des von den Abgabengesetzen eingeräumten Spielraums über das "ob" und die Bemessung von Steuern, Beiträgen und Gebühren[315a] zu entscheiden; das Recht zur Disposition über die Einnahmen, insbesondere die "freien" Einnahmen wie Erträgnisse aus Vermögen und Wirtschaftsunternehmen; das Recht zu eigener Vermögensverwaltung, unbeschadet des Genehmigungszwanges für Schulden (Darlehnsaufnahmen).

Obwohl die Gemeinden gemäß Art. 79 VerfNW zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht auf Erschließung eigener Steuerquellen haben und das Land darüberhinaus einen übergemeind-

---

314 Vgl. "Nordrhein-Westfalen Kleine Verwaltungskunde" vom Landesamt für Politische Bildung, Jugend und Sport, Anlage 15; vgl. auch Statistisches Jahrbuch für die BRD 1968.

315 Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 92 ff., nennt eine Reihe von zweckgebundenen Zuschüssen außerhalb des Steuerverbundes und wichtige Förderungstitel aus dem Bereich der freiwilligen Aufgaben im Landeshaushalt NW 1965; vgl. auch Trögergutachten S. 209

lichen Finanzausgleich zu gewährleisten hat, ist in der Praxis eine Ausstattung nach dem Kostendeckungsprinzip oft nicht möglich.

b) Die Steuerung der Gemeinden durch zweckgebundene Finanzzuweisungen

Auch durch Koppelung von Zweckzuweisungen mit einer bestimmten Eigenleistung der Gemeinden entfällt eine freie Verfügung über die Finanzmasse. Genehmigungen und Subventionen werden häufig mit Bedingungen verknüpft[318], die nicht nur entscheiden, ob ein kommunales Projekt verwirklicht wird, sondern auch wie. Die Gemeinden entscheiden auch in Selbstverwaltungsangelegenheiten häufig nur über die Höhe der eigenen Beteiligung und deren Aufbringung, während Gestaltung, Restfinanzierung und Durchführung in den Händen der Landesbehörde liegt. So werden in NW im Bereich der weisungsfreien Pflichtaufgaben "Schulverwaltung"[319] Zuschüsse an finanzschwache Gemeinden nach dem jährlich ergehenden Finanzausgleichsgesetz für das Schulprogramm nur nach Vorlage der Pläne an die zuständigen staatlichen Stellen zur Verfügung gestellt. Landesmittel nach dem Schulfinanzgesetz[320] stehen in der Praxis nur zur Verfügung, wenn die Bauvorhaben, die nach Planung und Ausführung von den genannten Richtlinien abweichen, vor Beginn den beteiligten Behörden vorgelegt werden und dabei bestimmten Grundanforderungen genügen[321]. Auch auf dem Gebiet der Sozialhilfe werden Zuschüsse aus Bundes- oder Landesmitteln nur gewährt, wenn eine Fülle ministerieller Runderlasse beachtet wird, die bis ins einzelne gehende Verhaltens-

---

315a Vgl. z.B. das Kommunalabgabengesetz für das Land NW (KAG) vom 21. Okt. 1969, in dem die Erhebung von Verwaltungsgebühren (§ 5) und Benutzungsgebühren (§ 6) geregelt ist.

316 Littmann, Die Gestaltung des kommunalen Finanzsystems, S. 6.

317 Nach Stern, BK Art. 28 Rdnr. 157.

318 Becker, Kommunale Finanzen, S. 25-28 und E. Becker, Grundrechte, Grdr. IV/2 S. 730.

319 Vgl. Eissing. Gemeinschaftsaufgaben. S. 66 ff.

320 Vgl. Schulfinanzgesetz v. 3.6.1958 GV NW S. 246.

321 Vgl. den gemeinsamen Runderlaß des Kultusministers und des Ministers für Wiederaufbau vom 30.4.1957, abgedr. bei Seipp-Haugg, Schulrecht, Bd. 6 unter Nr. 60 C an die

vorschriften geben[322]. Das gleiche gilt für den Bereich der Jugendwohlfahrt und der Jugendpflege[323]. Ähnliche Zweckzuschüsse werden seitens des Landkreises gegeben[324]. Damit ist die Zuständigkeit der Gemeinden auf der Einnahmen- und der Ausgabenseite der gemeindlichen Finanzen stark beschränkt[325].

4. Die Verschiebung der Verwaltungszuständigkeiten durch Auseferung der Finanzierungszuständigkeiten

Das Selbstverwaltungsrecht ist auch betroffen, wenn der Staat seinerseits durch seine Zuweisungen Abhilfe von der Finanznot schafft. Dabei wird nämlich verkannt, daß durch die Verlagerung der Finanzzuständigkeit auf eine höhere Verwaltungsebene fast notwendig ein Zentralisierungsprozeß in Gang kommt[326]. Jeder Zentralstaat, aber auch Bund und Länder in einem Bundesstaat, versuchen regelmäßig, die kommunalen Steuerquellen durch neutrale Sonderzuweisungen (so die Schlüsselzuweisungen in NW) zu ersetzen. Neben diese treten im Laufe der Zeit mehr und mehr Zweckzuweisungen, die die Gemeindeverwaltungen aus politischen Gründen nicht ablehnen können[327]. Die Zweckzuweisungen werden umfangreicher und mehr und mehr an Bedingungen geknüpft. So geht mit der Finanzierung allmählich auch die Gestaltung auf die Landes- oder Bundesbehörde über, während der Vollzug vielfach bei den Gemeinden bleibt. Diese als Anziehungskraft des größeren Etats charakterisierbare Entwicklung fand bis in die jüngste Zeit in der Bundesrepublik statt.

Durch den im Finanzreformgesetz bestimmten "Austausch" eines Anteils an der Gewerbesteuer in einen Anteil an der Einkommen-

---

Schulaufsichtsbehörden, zit. nach Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 68.

322 Vgl. SMBl. NW unter Nr. 2170, vgl. Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 78.

323 Vgl. SMBl. NW unter den Nr. 2163-21 332; Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 79.

324 Vgl. Glass, Die Realität der Kommunalaufsicht, S. 47 ff.

325 Lerche, Die Gemeinde in Staat und Gesellschaft, S. 23; nach E. Becker ist die Finanzautonomie des 19. Jahrhunderts nur noch reliktartig vorhanden, Grdr. IV/2 S. 736.

326 Philip, Intergovernmental Fiscal Relations, S. 32 ff., 66, 99.

327 Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 151.

steuer ist die Entwicklung jedoch nicht endgültig gebremst. So liegen in den Finanzhilfen des Art. 104 a.n.F. GG des Bundes an die Gemeinden Gefahren für die Finanzierungszuständigkeit der Gemeinden. Trotz der unterschiedlichen Finanzierungssysteme ist die Entwicklung der örtlichen Verwaltungsträger in England von Interesse. Dort ist auf der untersten Verwaltungsebene, den "parishes", die Zentralisierung fast abgeschlossen. Die "parishes" haben keine große Bedeutung mehr[328], da sehr bedeutende Aufgaben von ihnen und anderen örtlichen Verwaltungen auf höhere Verwaltungsträger übergegangen sind. Daraufhin wird schon seit längerem das in England besonders stark ausgebaute Zuweisungssystem reduziert[329], da kein Grund mehr für diese Finanzzuweisungen besteht.

Ein klassisches Beispiel liefern auch die USA, wo sich aus der starken Dezentralisierung der Frühzeit mit Hilfe der Finanzkraft und der Finanzzuständigkeit des Zentralstaates eine immer stärkere Zentralisierung herausbildet, durch die die einzelnen Staaten überhaupt erst vereint wurden[330]. Die Bewilligung von Subsidien des Bundes mit daran geknüpften Bedingungen verlangt in immer verstärkterem Maße sowohl eine Zusammenarbeit mit der Zentrale als auch deren Aufsicht - auch über administrative Bereiche der Einzelstaaten. Sie hat damit dieselben Wirkungen wie verfassungsgesetzlich herbeigeführte drastische Kompetenzverschiebungen[331].

Auch in der Bundesrepublik gibt es zur Zeit ganz eklatante Verschiebungen der Verwaltungszuständigkeiten durch "Ausuferung" der Finanzierungszuständigkeit.

---

[328] Wagener, Neubau, S. 296 ff.

[329] Philip, Intergovernmental Fiscal Relations, S. 15.

[330] P. Meyer, Die Verwaltungsorganisation, S. 186 ff.; Philip, a.a.O., S. 99.

[331] Scheuner, Die föderalistische Ordnung in den Vereinigten Staaten, S. 62, 78, 79; zit. nach Klein, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 68 ff.

Der Zentralisierungsprozeß erfolgt nicht mehr im Verhältnis der Gemeinde zum Land oder Bund, sondern auch zwischen Bund und Ländern.

Er nimmt dabei geradezu einen typischen Verlauf. Der Bund zieht zunächst eine ihm nicht in der Finanzverfassung zugewiesene Finanzierungsfunktion an sich, nimmt über die Finanzierung das betreffende Sachgebiet in seine Verwaltung und unterwirft es schließlich sogar seiner Gesetzgebung[332].

In dieser Weise erfolgte die Kompetenzausweitung des Bundes auf dem Gebiet der Ausbildungsförderung. Bestes Beispiel ist das "Honnefer Modell"[333]. Inzwischen ist in Art. 74 Nr. 13 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf die Ausbildungsbeihilfen ausgedehnt worden, so daß demnächst auch eine bundesrechtliche Regelung der Hochschulförderung zu erwarten ist.

Nachdem das Finanzreformgesetz vom 12.5.1969 die Zuständigkeit des Bundes für Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund und Ländern auf bestimmten Gebieten erweitert hat, wird der Zentralisierungsprozeß in diesem Bereich fortschreiten. (Damit wird nichts über den Wert dieser Entwicklung gesagt).

5. Die verfassungsmäßige Beurteilung der Verlagerung der Finanzierungszuständigkeit

Nachdem erkannt worden ist, daß die Finanzierungszuständigkeit auf die Gestaltungs- und Vollzugszuständigkeit dergestalt einzuwirken vermag, daß bei Verlagerung der Finanzierungszuständigkeit auf den Staat nicht nur die rechtlich verankerte Zuständigkeitsverteilung von Gestaltung und Vollzug umgangen wird, sondern auch eine Zentralisierungsbewegung beginnt, muß geprüft werden, ob die Finanzierungszuständigkeit der Gemeinde von Art. 28 II GG umfaßt wird. Auch wenn die Finanzgarantien des Art. 106 GG zugunsten der Gemeinde "nur formalen Charakter haben, inhaltlich ausfüllungsbedürftig" und daher

---

[332] Klein, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 168 ff.

[333] Auf den Streit selbst bezüglich des Honnefer Modells kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Klein, a.a.O., S. 170.

kaum justitiabel sind[334], könnte sich aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG in Verbindung mit der durch den Steuerverbund der Art. 106 Abs. 6, Art. 107 Abs. 2 gekennzeichneten Einordnung der Gemeindeverwaltung in die Staatsverwaltung eine konkrete Verfassungswidrigkeit der Ausuferung der Finanzzuständigkeit und daraus sogar ein Abwehranspruch ergeben.

Dieser Abwehranspruch müßte sich gegen Auflagen und Bedingungen richten, die mit Zweckzuschüssen verbunden sind und in die Gestaltungs- und/oder Vollzugszuständigkeit der Gemeinde eingreifen.

Bei einer gesetzlichen Regelung einer Selbstverwaltungsangelegenheit steht der Weg zum Landes- bzw. Bundesverfassungsgericht offen.

Ein aufsichtlicher oder im Rahmen einer Pflichtaufgabe nach Weisung anweisender Verwaltungsakt kann nach § 42 II VwGO im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden.[335]

a) Die staatlichen Dotationen

Problematisch wird die Geltendmachung dieses Abwehrrechts gegen einen staatlichen Dirigismus bei staatlichen Zweckzuschüssen, auf deren Zahlung die Gemeinde keinen einklagbaren Anspruch hat.[336]

Dabei ist zu bemerken, daß die Gemeinden auf die Erfüllung von rechtlich "freiwilligen" Aufgaben in der Regel tatsächlich nicht mehr verzichten können. Der Einwohner würde eine Beschränkung des Versorgungsstandards aus Gründen der Gemeindefreiheit nicht verstehen, so daß aus diesen politischen

---

[334] E. Becker, Grundrechte IV/2, S. 724.

[335] Vgl. BVerwGE 19, 121 ff.; Stern, BK Art. 28 Rdnr. 176 mit weiterer Literatur.

[336] Vgl. dazu Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 172 ff. 160, der auf die allgemeine Finanzverantwortung des Staates verweisen muß.

Gründen die Gemeindeverwaltung eine Kraftprobe mit der Bewilligungsbehörde nicht heraufbeschwören kann.[337] In der Regel handelt es sich darüberhinaus auch sachlich um Aufgaben, die in den Bereich des vom Sozialstaat zu gewährenden Standards gehören, da mit dem weiteren Ansteigen des allgemeinen Lebensstandards auch das "Sozialhilfe-Plateau" über die Sicherung des bloßen Lebensbedarfs angestiegen ist.[338]

Während auf der einen Seite die Gemeinde die Landes- oder auch Bundeshilfe in der Praxis nicht zurückweisen kann und deshalb Eingriffe in ihre Gestaltungszuständigkeit hinnehmen muß, scheint andererseits die staatliche Praxis der Finanzierung der Gemeinden durch Sonderzuweisungen mehr und mehr an Boden zu gewinnen.[339] Dies ist eine besondere Seite der Problematik einer verwaltungsinternen Fondsverwaltung zwischen den Ländern und den Gemeinden.
Während man ein gewisses Maß an gesetzesfreier Fondsverwaltung um der Beweglichkeit der Verwaltung willen dulden könnte, wird dies anders zu beurteilen sein, wenn im vertikalen Finanzausgleich die zweckgebundene und gezielte Zuwendung aus einem Haushaltstitel die allgemeine Finanzzuweisung zurückdrängt.
Im Bundesdurchschnitt halten die allgemeinen Finanzzuweisungen den Zweckzuweisungen die Waage.[340] In den Ländern Bayern, Hessen, NW und Rheinland-Pfalz machen die zweckgebundenen Zuweisungen mit Schwankungen ungefähr das Doppelte der allgemeinen Finanzzuweisungen aus.[341]

---

[337] Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 160.

[338] Vgl. Wagener, Aufbau, S. 64.

[339] Kölble, Gemeindefinanzreform und Selbstverwaltungsgarantie, 1966, S. 17 ff., 30.

[340] Littmann, Die Gestaltung des kommunalen Finanzsystems, S. 7, 16.

[341] Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 82.

Die Zweckzuweisungen stellen in den gemeindlichen Haushalten einen beträchtlichen Posten dar. Ihre Verknüpfung mit genauen Auszahlungsrichtlinien, wie es die oben[341a] angeführten zahlreichen ministeriellen Runderlasse in NW darstellen, ist bedenklich, da dadurch eine Form der Gemeindefinanzierung eingeführt wird, die der Einordnung der Gemeinden in den Finanzverbund gemäß Art. 106 Abs. 6 GG in Verbindung mit Art. 28 GG widerspricht.

b) Die Finanzgarantie

Aus der Stellung der Gemeinden im geltenden Finanzverfassungsrecht und insbesondere aus den Motiven des Finanzreformgesetzes vom 12. Mai 1969 ergibt sich, daß der Verfassungsgesetzgeber der Gemeinde die im Grunde schon aus dem Selbstverwaltungsgrundsatz des Art. 28 II GG[342] fließende finanzielle Unabhängigkeit sichern wollte. Andernfalls hätte er die finanzielle Ausstattung ganz den Ländern überlassen. Natürlich kann der Staat die Zuweisung von Finanzmitteln für Angelegenheiten, die nicht Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, mit bestimmten Ausführungsanweisungen verknüpfen. Freiwillige mit Weisungen verknüpfte Zuschüsse für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft stellen jedoch einen Eingriff in die Gestaltungs- und/oder Ausführungszuständigkeit der Gemeinde dar, wenn durch diese nicht einklagbaren Zweckzuweisungen regelmäßig ein beträchtlicher Teil der Gemeindeausgaben gedeckt wird. Dann wird der Grundgedanke der in Art. 106 Abs. 5, 6, 7 und 8 GG ausgedrückten Finanzverantwortung des Bundes und der Länder (Beteiligung am Aufkommen der Einkommensteuer, Realsteuergarantie, Zuweisung der Verbrauch- und Aufwand-

---

[341a] vgl. Fußnoten 321 ff.

[342] Zustimmend Hans Meyer, Finanzverfassung, S. 93

steuern, landesgesetzliche Zuweisung eines Anteils der Gemeinschaftssteuern und der Landessteuern[343a] sowie der Ausgleich für kommunale Sonderbelastungen) durchbrochen. Insbesondere durch die im Finanzreformgesetz vom 12. Mai 1969 zum Ausdruck gekommenen Bestrebungen, den Gemeinden im System der Finanzverfassung eine unabhängigere Stellung zu geben, läßt Art. 106 GG geeignet erscheinen, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen. Auch das BVerfG[343] ist unter diesen Umständen bereit, die Norm in die Prüfung des Selbstverwaltungsrechts einzubeziehen. Es kann hier offenbleiben, ob die oben genannten verfassungskräftigen Finanzdispositionen des GG dadurch Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie werden (und damit auch durch § 91 BVerfGG geschützt sind).[344]

Auf jeden Fall gibt diese Stellung der Gemeinde im geltenden Finanzverfassungsrecht in Verbindung mit Art. 28 II GG einen verfassungsrechtlichen[345] Anspruch auf eine weisungsfreie Finanzausstattung wenigstens für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

Art. 28 II GG schützt damit nicht ein Recht der Gemeinden auf eigene Steuererhebung, sondern gibt für die Erfüllung einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft die Finanzierungszuständigkeit, und zwar nur in Form eines Abwehrrechts. Die Finanzversorgung für Selbstverwaltungsaufgaben muß weisungsfrei sein. (Ob es sich um eigene Steuerquellen handelt oder um allgemeine Zuweisungen[345a], ist dabei gleichgültig.)

---

[343] BVerfGE 1. 167 ff., 181.

[343a] diese nur in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein

[344] Zutreffenderweise ablehnend E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, in: Grundrechte IV/2 S. 724.

[345] Hans Meyer, Die Finanzverfassung, S. 67.

[345a] Diese Frage ist sehr umstritten. Es besteht jedoch keine Aussicht, daß die bestehende Finanzverfassung soweit geändert wird, daß der Finanzbedarf der Gemeinden allein aus eigenen Steuerquellen gedeckt werden kann.

Diese Forderung steht jedoch mit der Verwaltungspraxis weitgehend im Widerspruch[346]. Insbesondere die gesetzesfreie Verwaltung in Form der Fondsverwaltung gibt Bund und Land einen starken Machtzuwachs. Bei der rechtlichen Beurteilung der Fondsverwaltung ist jedoch unbedingt zu berücksichtigen, daß zwischen der Fondsverwaltung gegenüber dem Einwohner und der verwaltungsinternen Fondsverwaltung ein wesensmäßiger Unterschied besteht.

6. Die Fondsverwaltung gegenüber dem Einwohner

Die Fondsverwaltung gegenüber dem Einwohner ist eine für eine bestimmte Umwelt des Verwaltungssystems ausgeübte Form des Verwaltungshandelns in Form von bindenden Entscheidungen. Zwar ist der Einwohner nicht verpflichtet, eine finanzielle Wohltat anzunehmen, diese stellt jedoch durch ihre regelmäßige Annahme gleichzeitig eine Belastung für andere nicht begünstigte dar. "Was im heutigen sozialen Wirtschaftsstaat für die einen Vergünstigung und Gewährung bedeutet, erweist sich für andere direkt oder indirekt, offen oder versteckt, vielfach als Last".[347] Dabei taucht einmal die Problematik einer staatlichen Vermögens- und/oder Einkommensumverteilung auf, zum anderen die Problematik eines mit dem Verteilungsakt verbundenen Eingriffs in die Freiheitssphäre des Einzelnen.[348]

Gerade aus der Freiwilligkeit der Subventions- oder Begünstigungsannahme ergibt sich, daß die Fondsverwaltung gegenüber dem Bürger eine materielle und rechtliche Einordnung des Einwohners

---

[346] Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, 1965, S. 32, mit einigen Beispielen landeseigener verwaltungsinterner Fondsverwaltung.

[347] Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954, S. 42.

[348] Zu letzterem Köttgen, Fondsverwaltung, S. 53 ff.

in die Gemeinschaft bzw. der Einwohner untereinander vornimmt. Das Ziel kann konkret die wirtschaftliche Besserstellung eines Wirtschaftszweiges sein oder der Ausgleich starker sozialer Unterschiede. Das Ziel der Fondsverwaltung gegenüber dem Bürger ist ein Teilziel des gesamtstaatlichen Zielsystems, das durch direkte Einflußnahme auf den Bürger erreicht wird. Diese Art der Fondsverwaltung ist damit an andere Werte gebunden, die die Einordnung des Einzelnen in den Staat betreffen.

Diese sind im "bürgerlichen Rechtsstaat" der weitgehende Verzicht auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum.[349] Die Einordnung des Individuums in die Gemeinschaft durch das Verwaltungshandeln ist in seiner technischen Durchführung an das Rechtsstaatsprinzip gebunden. Gerade wegen der Außenwirkung des Verwaltungshandelns ist, wie oben gezeigt, die Verwaltungsentscheidung an Recht und Gesetz gebunden. Insoweit trifft bei der Fondsverwaltung gegenüber dem Bürger der Vorbehalt des Gesetzes ein zentrales Problem. In der Tat könnte man eine Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die dem Bürger gegenüber wirksame Fondsverwaltung mit dem "Hinwenden zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise"[350] begründen, um auf diese Weise dem Bürger subjektive Teilhaberrechte zu geben.[351]

7. Die verwaltungsinterne Fondsverwaltung zwischen Land und Gemeinde

Es ist jedoch fraglich, ob bei der verwaltungsinternen Fondsverwaltung eine vergleichbare Problemlage besteht. Während die Fondsverwaltung gegenüber dem Bürger eine direkte staatliche Zielverwirklichung darstellt, die die Systemgrenze

[349] Köttgen, Fondsverwaltung, S. 53.

[350] BVerfG 8, 167.

[351] Köttgen, Fondsverwaltung, S. 74.

zur Umwelt überschreitet, handelt es sich bei der verwaltungsinternen Fondsverwaltung um das Organisationsproblem, wie innerhalb eines Verwaltungssystems ein Untersystem mit Finanzmitteln versorgt werden soll und welche Stelle im hierarchischen Organisationsaufbau die Entscheidung über Gestaltung und Vollzug der bezuschußten Verwaltungsaufgabe übernehmen soll. Bei der Untersuchung, inwieweit die Selbstverwaltung durch eine administrative Fondsverwaltung eingeschränkt wird, kann dahinstehen, wer letztlich die Finanzmasse aufbringt. Wichtig ist nur, wer Einfluß auf Gestaltung und Vollzug ausübt und wem ein solcher Einfluß von Rechts wegen zusteht. Ohne Aussagekraft ist die ständig gebrauchte Formel, allein der Staat sei originärer Inhaber des öffentlich-rechtlichen Organisationsmonopols und könne deshalb diese oder jene Zuordnung treffen.[352] Mit "Staat" nämlich können Gesetzgeber, die Verfassung oder die Gesetze oder auch die Verwaltung gemeint sein.

Das Grundgesetz stellt das der gesamten Staatsverwaltung vorgegebene Zielsystem dar. Neben dem materiellen Ziel einer kommunalen Selbstverwaltung (siehe unten) gibt es mit Art. 28 II GG eine Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem verwaltungsinternen Untersystem Gemeindeverwaltung und dem Gesamtsystem Staatsverwaltung. Es ist daher verfehlt, bei dieser Abgrenzungsfrage von einem "sachlichen Eigeninteresse des Staates"[353] oder der Gemeinde zu sprechen, da es sich dabei nicht um Interessen des Systems handelt, sondern um die Interessen der Systemumwelt, die als Anforderungen der Bürger oder der Politik oder des Personals

---

[352] So aber Führ, Das Selbstverwaltungsrecht der Wasser- und Bodenverbände unter dem Einfluß staatlicher Finanzhilfen, 1967, S. 102.

[353] So bezüglich der Wasserverbände Führ, a.a.O., S. 104.

an das System gestellt werden. Die Bestandserhaltung des Verwaltungssystems sorgt als ein zentrales Problem des Systems für ständige Anpassung an die dominierenden Umweltanforderungen. Die von der Staatspraxis ausgeführte Zuständigkeitsverteilung ist nur an der Zuständigkeitsordnung des Art. 28 II GG zu prüfen. Umwelterwartungen, also Erwartungen der Bürger, der Politik, des Personals können bei einer rationalen Zuständigkeitsverteilung nur berührt werden, soweit das systeminterne Verwaltungshandeln nach außen wirkt. An die Rechtsstaatlichkeit einer verwaltungsinternen Fondsverwaltung sind daher nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Rechtsstaatlichkeit einer Fondsverwaltung direkt gegenüber dem Bürger, da letztere die materielle Rechtsstellung des Bürgers schützen soll. Die Ausgestaltung der Freiheitssphäre des Bürgers in der von der Verfassung festgelegten Wertschätzung ist ein wichtiges Ziel der Staatsverwaltung, während eine "Freiheitssphäre" der Gemeinde (Verwaltung) nur ein Mittel zu dieser Zielerreichung ist. Die Freiheitssphäre des Bürgers und die "Freiheitsspähre der Gemeinde" sind nicht vergleichbar. Die verwaltungsrechtliche Annäherung der Stellung von Bürger und Gemeinde in ihrem Verhältnis zum Staat ist deshalb bedenklich. Eine grundrechtsähnliche Stellung mit den entsprechenden Anforderungen an einen Eingriff in diese ist nicht gegeben.[354]

---

[354] Die Gleichsetzung von Verwaltungssubventionen und Subventionen an Private ist deshalb verfehlt. Dies macht jedoch Schlottke, Die hoheitliche Einflußnahme, S. 34 ff. Wenn Schlottke als Kriterium das Gegenüberstehen von selbständigen Rechtspersönlichkeiten anführt, dann ist dies ein oberflächlicher Strukturvergleich ohne Berücksichtigung des wesensmäßigen Unterschiedes von Verwaltung und Bürger.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der verwaltungsinternen Fondsverwaltung geht es nicht darum, ob ein Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers vorliegt (diesen hätte die Gemeinde zu vertreten), sondern nur, ob der Staat in Gestaltung und Durchführung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch auflagenbeschwerte Zuschüsse eingreifen darf.[355] Rechtsstaatliche Gesichtspunkte, die eine Fondsverwaltung verbieten, weil es sich um einen Eingriff in Eigentum und Freiheit handelt, kommen daher bei einer verwaltungsinternen Fondsverwaltung nicht in Betracht. Auch ein auf solchen und vornehmlich sozialstaatlichen Erwägungen beruhender erweiterter Gesetzesvorbehalt[356] kann bei Dotationen[357] des Landes an die Gemeinden nicht gefordert werden. Man würde die Gemeinde aus dem Gesamtverwaltungssystem herauslösen, wenn man ihr eine eigene, dem Bürger vergleichbare Freiheitssphäre gewähren würde. Art. 28 II GG ist die allein entscheidende Zuständigkeitsnorm. Auch die Gemeinde selbst kann sich nicht durch Verzicht auf Selbstverwaltungsrechte oder durch Einwilligung in einen Eingriff über diese verfassungsmäßige Organisationsnorm hinwegsetzen.[358] Bei den Dotationsauflagen handelt es sich daher nicht um freiheitseinschränkende, sondern um eine die verwaltungsinterne Organisation betreffende Zuständigkeitsverlagerung. Wenn die h.M. der Auffassung ist, daß diese Auflagen nur eine Verminderung einer freiwillig gewährten Vergünstigung sind[359],

---

[355] Vgl. zum Begriff Kölble, Gemeindefinanzreform und Selbstverwaltungsgarantie, 1966, S. 17 ff., 31.

[356] Vgl. zum Problem des Gesetzesvorbehalts bei der Leistungsverwaltung eine Darstellung des Hess. VGH vom 29.11.1962 in VerwRspr. 15, 918 ff., 925 mit der neueren Literatur und Rechtsprechung.

[357] Vgl. zum Begriff Führ, Das Selbstverwaltungsrecht der Wasser- und Bodenverbände, S. 76.

[358] Führ, Das Selbstverwaltungsrecht der Wasser- und Bodenverbände, S. 109.

[359] Vgl. dazu Führ, a.a.O., S. 93.

die, da sie im freien Ermessen der Verwaltung steht, auch mit Auflagen versehen werden kann[360], dann geht sie davon aus, daß die Gemeinden grundsätzlich keinen Anspruch auf die freiwillig gezahlten Zweckzuweisungen haben. Danach würden der Bund und die Länder auch dann rechtmäßig handeln, wenn sie diese Zweckzuweisungen einstellen würden. Schon aus der Höhe der Beträge ergibt sich, daß diese Finanzmassen der Staatsverwaltung von der Legislative nicht zur völlig freien Disposition überlassen worden sind.[361]
Die Folgerung, daß wegen der fehlenden Normierung der Dotationen diese legalerweise mit Auflagen verbunden werden dürfen, steht schon aus diesem Gesichtspunkt auf schwankendem Boden. Es ist nämlich durchaus denkbar, daß zwar kein Anspruch auf eine staatliche Wohltat besteht, die Gewährung in einer bestimmten Form jedoch gegen eine Zuständigkeitsverteilung verstoßen kann.
Die h.M. mag zwar für eine gegenüber dem Bürger im Ermessen der Verwaltung stehende Genehmigung oder Subventionsvergabe (unter dem Gesichtspunkt "volenti non fit iniuria") richtig sein. Art. 28 II GG sagt jedoch klar, daß die Regelung der örtlichen Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung vorbehalten sein soll. Art. 28 II GG erstrebt eine bestimmte Zuständigkeitsverteilung. Diese gilt für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, nicht nur für die von der Gemeinde selbst finanzierten. Ob eine Zuständigkeitsverschiebung durch Zwang oder durch Vergünstigung erreicht wird, kann nicht ausschlaggebend sein. Unter Ausnutzung der von der h.M. vertretenen Auffassung, daß ein subjektiv öffentliches Recht der Gemeinde auf (auflagenfreie) Dotationen nicht besteht,

---

[360] BVerwG 6, 282 ff., 290.

[361] Vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht, § 138 III c 3.

gelingt es der Staatsverwaltung, die Gemeinden einer neuen Aufsichtsart, der Dotationsaufsicht, zu unterwerfen.[362]

Wenn die Dotationen einen wichtigen Betrag im Gemeindehaushalt ausmachen, auf die die Gemeinden nicht verzichten können, sie demnach den Eingriff in ihre Gestaltungs- und Vollzugszuständigkeit hinnehmen müssen, kommt es nicht darauf an, ob die Gelder von seiten des Gebers "freiwillig" gezahlt werden, und ob sie der Gemeinde rechtlich zustehen, sondern ganz allein darauf, ob Gestaltung und Vollzug von sachlich als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu qualifizierende Aufgaben durch die Dotationsauflagen beeinträchtigt werden. Weisungen dieser Art stellen eine von keinem Gesetz gedeckte und damit Art. 28 II GG widersprechende Zweckmäßigkeitsaufsicht dar.[363]

8. Die Abwehr gegen eine Dotationsaufsicht

Es ist jedoch problematisch, in welcher Form Art. 28 II GG einen Abwehranspruch gegen die Dotationsaufsicht gibt. Man könnte zunächst daran denken, daß mit Art. 28 II GG gegen eine Dotationsaufsicht ein "status positivus" der Gemeinden noch nicht gegeben ist, sondern daß es dazu einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf, die nicht vorliege. Wegen der fehlenden gesetzlichen Ausgestaltung habe die Gemeinde keinen Rechtsanspruch auf Weisungsfreiheit der Dotation. Man kam damit zu dem Ergebnis, daß Art. 28 II GG im Bereich der (verwaltungsinternen) Dotationsaufsicht außerhalb der nach der wohl h.M.[364] aus Art. 28 II GG erwachsenden subjektiven Rechtsstellungsgarantie nur eine rein objektiv rechtliche Gewährung des Selbstverwaltungsrechts enthält.[365]

---

[362] Führ, Das Selbstverwaltungsrecht, S. 77.

[363] Führ, a.a.O., S. 120, zur Selbstverwaltung der Wasser- und Bodenverbände.

[364] Vgl. Stern, BK zu Art. 28 II GG Rdnr. 174 - 177.

[365] Vgl. zur Begründung eines erweiterten Gesetzesvorbehalts zur Begründung von subjektiven Teilhaberrechten Privater: Köttgen, Fondsverwaltung, S. 74.

Diesem Gedanken ist jedoch mit dem BVerfG[366] entgegenzuhalten, daß kein Anhaltspunkt vorliegt, daß Art. 28 GG nur die Beziehung Bund/Länder betreffe und den Gemeinden keine Möglichkeit verleihen wollte, selbst auf geeignete Art über dieses Recht zu wachen und es notfalls auch gerichtlich durchzusetzen. Eine solche Beschränkung ist weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Wortlaut des Art. 28 GG zu entnehmen.
Noch nicht problematisch ist der Fall, in dem die Gemeinde gegen einen VA in Form einer Weisung oder auch eines verbindlichen ministeriellen Runderlasses[367] vorgehen kann. Dies ist in NW bei staatlichen Weisungen bei Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung gegeben. Dagegen ist bislang nicht die Frage geklärt, wie die Gemeinde gegen eine mit einer belastenden Nebenbestimmung versehenen Dotation erfolgreich vorgehen kann, ohne den Zuschuß zu verlieren.

Die Vergabebewilligung eines Zuschusses eines übergeordneten Verwaltungsträgers wie des Bundes oder des Landes an die Gemeinde stellt einen VA dar. Zwar stehen sich zwei Verwaltungsträger gegenüber. Ein öffentlichrechtlicher Vertrag scheidet jedoch aus, da der Gemeinde bei der verwaltungsinternen Fondsverwaltung grundsätzlich die Möglichkeit einer gleichberechtigten Mitgestaltung der Vergabebedingungen fehlt.[368] Die Dotationsbewilligung ist deshalb ein mitwirkungsbedürftiger begünstigender VA.[369]

a) Die Anfechtungsklage

Die Nebenbestimmung kann sich als Bedingung oder als selbständig angreifbare Auflage darstellen. In beiden Fällen könnte die Gemeinde mit der Anfechtungsklage[370] gegen

366 BVerfG 1, 167 ff., 173.
367 Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 155 ff., 157; Wolff, VwR I, § 46 VI a.
368 Führ, a.a.O., S. 84.
369 Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 158 Fußnote 24.
370 So Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 159.

die Nebenbestimmung vorgehen, bei der Bedingung jedoch nur durch Anfechtung des VA. Die Anfechtungsklage gibt der Gemeinde jedoch nur in den ganz seltenen Fällen einen wirksamen Rechtsschutz, in denen die Nebenbestimmung mit der dotierten Aufgabenerfüllung in keinem sichtbaren Zusammenhang steht[371] und die Bewilligungsbehörde nicht glaubhaft geltend machen kann, daß sie den VA ohne die Nebenbestimmung nicht erlassen haben würde. In allen anderen Fällen wird die Bewilligungsbehörde schon bei der Möglichkeit eines Streites den begünstigenden Bescheid entweder gar nicht erst erlassen, oder aber ihn an eine Bedingung knüpfen.[372] Die Anfechtung des bedingten Bescheides führt bei Rechtswidrigkeit der Bedingung zur Vernichtung der Bewilligung. Die Gemeinde erhält dann die Zuweisung nicht. Die Anfechtungsklage gibt gegen die Hauptfälle der Dotationsaufsicht somit keinen Rechtsschutz.[373] Man kann nur noch auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verweisen, was im Ergebnis auf eine nur objektiv rechtliche Gewährung der Selbstverwaltungsgarantie hinausläuft.

b) Die Verpflichtungsklage

aa) Der Anspruch

Rechtsschutz gegen die Dotationsaufsicht könnte nur die Verpflichtungsklage geben. Trotz der "Freiwilligkeit" der Bewilligung müßte im Einzelfall ein Anspruch auf eine Dotation bestehen.[374]

---

371 Zu dieser Verwaltungspraxis kritisch: Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 88; vgl. auch Kölble, Gemeindefinanzreform, S. 31.

372 So die Fälle, in denen sich die Gemeinde mit der Inbezugnahme der Richtlinien NW zu § 64a Abs. 1 RHO einverstanden erklären muß; Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 158.

373 Eissing, Gemeinschaftsaufgaben, S. 159.

374 Führ, Das Selbstverwaltungsrecht, S. 135 ff.; Wolff, VwR I, § 43 II c, d, e mit einer begrifflichen Abgrenzung der verschiedenen Gewährleistungsarten; wenn man die von Wolff, a.a.O., für die Berechtigungen von Zivilpersonen getroffene Abgrenzung auf öffentlichrechtliche

Eine subjektive Leistungsverpflichtung des Staates durch gesetzliche Normen, die einen genau zu beziffernden Zahlungsanspruch der Gemeinden enthalten, sind im angesprochenen Bereich der Dotationsgewährung nicht gegeben.

bb) Die Zahlungspflicht aus dem Sozialstaatsprinzip

Ein Anspruch aus dem Sozialstaatsprinzip ist ebenfalls nicht gegeben. Dies ist jedoch nicht so sehr deshalb der Fall, weil die Sozialstaatserklärung der Verfassung in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet ist[375], sondern weil das Sozialstaatsprinzip einen Ausgleich und ein Gleichgewicht innerhalb der Gesellschaft gewährleisten soll dadurch, daß dem Bürger oder Gruppen von Bürgern zur Sicherung des sozialen Friedens nur beschränkte, für den Einzelnen auch tragbare Verhaltenslasten auferlegt werden. Das Sozialstaatsprinzip kann daher nur für natürliche Personen oder Personengruppen gelten, nicht jedoch für Teile des Verwaltungssystems[376] untereinander.

cc) Die Zahlungspflicht aus dem Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip wird als durchgehendes Aufbau- und Gestaltungsgesetz des gesellschaftlichen Lebens überhaupt angesehen.[377] Es wird auf die katholische

- S. 119 Fortsetzung -
Körperschaften überträgt, liegt eine "Destination" vor. Eine solche Übertragung ist jedoch gefährlich, da die Rechtsstellung des Bürgers gegenüber dem Verwaltungssystem eine völlig andere ist als eine systeminterne Zuordnung.

375 Wolff, VwR III, § 138 I c 4; BVerfG 1, 97 ff., 105.

376 a.A.: Für die wasserwirtschaftlichen öffentlichrechtlichen Körperschaften ist Führ, Selbstverwaltungsrecht, S. 138.

377 Utz, Formen und Grenzen, S. 52; Zuck, Subsidiaritätsprinzip, S. 7.

Soziallehre und auch auf den Vorkämpfer des Liberalismus Sylvester Jordan zurückgeführt.[378] Aus dem Subsidiaritätsprinzip ergibt sich, daß die Gemeinschaft ihrem Wesen nach nur subsidiär ist. Nur wenn das Individuum oder eine untergeordnete Gesellschaft eine bestimmte Aufgabe nicht zu leisten vermag, darf die übergeordnete Gemeinschaft eingreifen.[379] Auf der anderen Seite ist die größere Gemeinschaft der kleineren zur Hilfeleistung verpflichtet. Dieser Hilfeleistungspflicht könnte ein Anspruch der Gemeinde auf Zahlung einer Dotation gegenüberstehen.[380]

Das Subsidiaritätsprinzip ist zunächst ein neutrales organisationsrechtliches Zuordnungsprinzip.[381] Es orientiert sich allein an der Leistungsfähigkeit des Aufgabenträgers ohne Rücksicht darauf, ob das gesamtstaatliche Zielsystem nicht nur eine leistungsorientierte, sondern eine materiell wertmäßige Einordnung der Zuständigkeiten vorzunehmen hat. Das Subsidiaritätsprinzip wird damit hier als Formalsatz verstanden, aus dem keinerlei Schlüsse auf die materielle Regelung

---

[378] Enzyklika "Quadragesimo anno" von 1931, auszugsweise abgedruckt bei Zuck, Subsidiaritätsprinzip, Anhang; Enzyklika "Mater et magistra" 1961; vgl. Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 772 ff.

[379] Zuck, Subsidiaritätsprinzip, S. 7.

[380] Bei dem in Frage stehenden Dotationsanspruch der Gemeinde kann hier nicht auf die verfassungsrechtliche Problematik des Subsidiaritätsprinzips eingegangen werden. Einen Überblick über die Literatur gibt Zuck, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968; Isensee, Subsidiaritätsprinzip, 1968; und insbesondere Roman Herzog, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, in: Der Staat, 1963, S. 399 ff.

[381] Streitig, vgl. Zuck, Subsidiaritätsprinzip, S. 69.

eines konkreten Sachverhalts gezogen werden können.[382] Um das Subsidiaritätsprinzip als materielle Norm verwenden zu können, bedarf es näherer materieller Kriterien, wobei das Kriterium "Personnähe" die Hauptrolle spielt.[383] Aber auch wenn man meint, daß das Subsidiaritätsprinzip nicht nur ein formales Prinzip, sondern gleichzeitig eine materielle Norm sei[384], die materiell zu Hilfs-, Ergänzungs- und Ausgleichspflichten führe, bedarf es dieser materiellen Konkretisierung. Letztlich ist es eine Zweckmäßigkeitsfrage, die materielle Regelung innerhalb oder außerhalb des Subsidiaritätsprinzips zu sehen.[385] Aus materiellen Kriterien wie "Personnähe"[386], "Bedürftigkeit", "Versagen"[387] einen bestimmten Zahlungsanspruch herzuleiten, hieße eine frontale Kollision mit wesentlichen Entscheidungen des Grundgesetzes herbeiführen.[388] Die Einheitlichkeit der Finanzwirtschaft ist im GG bewußt gewahrt. Aus Art. 110 Abs. 2 GG ergibt sich der Grundsatz, daß eher ein Teil der anfallenden Aufgaben unerfüllt bleiben muß, als auf den Haushaltsausgleich zu verzichten (es sei denn, es handelt sich um ein geplantes deficit spending). Auch Unterstützungspflichten nach Art. 106 Abs. 8 GG bestehen lediglich, wenn der Bund den Ländern, Gemeinden oder Gemeindeverbänden zusätzliche Belastungen auferlegt. Sie bestehen nicht, wenn mehr Belastungen durch Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erwachsen.[389] Ein Anspruch auf Zahlung einer Dotation ist aus dem

[382] Vgl. Zuck, Subsidiaritätsprinzip, S. 89.

[383] Herzog, Subsidiaritätsprinzip, S. 415.

[384] So u.a. Günther Küchenhoff, Naturrecht und Liebesrecht, 1962, S. 113 ff.

[385] Zuck, Subsidiaritätsprinzip; vgl. unten über die Typbildung von Organisationsstrukturen.

[386] Rendtorff, Kritische Erwägungen, S. 419 ff.

[387] Zuck, Subsidiaritätsprinzip, S. 72.

[388] Herzog, Subsidiaritätsprinzip, S. 417.

[389] Herzog, Subsidiaritätsprinzip, S. 417.

Subsidiaritätsprinzip nicht zu entnehmen.[390]

dd) Ein Anspruch auf Dotation aus dem Gleichheitssatz

Auch in der Fondsverwaltung ist der Gleichheitssatz zu beachten. Falls eine Nichtberücksichtigung des Antragstellers aus sachlichem Grund nicht gerechtfertigt werden kann, kann sich der aus dem Gleichheitsprinzip resultierende Abwendungsanspruch zu einem Leistungsanspruch konkretisieren, der klageweise geltend gemacht wird.[391] Man könnte anführen, daß in diesem Fall der Staat rechtswidrige Eingriffe in die Sphäre des Begünstigten nicht als Vergleichstatbestände für eine erlaubte Differenzierung geltend machen kann.[392] Bei einer Zweckzuweisung im Schulbereich könnte für eine Differenzierung zu Lasten des Antragstellers nicht angeführt werden, daß in allen vergleichbaren Fällen von den Gemeinden Nebenbestimmungen erfüllt werden und somit für den Antragsteller bei Nichterfüllung der Nebenbestimmungen auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes kein Anspruch bestehe. Bei Verfassungswidrigkeit der Nebenbestimmungen reduziert sich der Vergleichstatbestand auf den rechtmäßigen Teil der Vergabe. Aus diesem könnte sich eine Differenzierung verbieten. Voraussetzung für diese Überlegung ist jedoch, daß sich die Gemeinde auf den Gleichheitssatz berufen kann.

Dem Grundsatz nach gibt es jedoch keine Grundrechtsgeltung in Selbstverwaltungsangelegenheiten.[393] Die Gemeinde ist ein Teil des Gesamtverwaltungssystems. Innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus wirken keine Grundrechte als subjektive Rechte. Grundrechte sind nicht auf die Zuständigkeiten und Rechte innerhalb der Verfassungssphäre zu übertragen.[394] Der Grund dafür

390 Führ, Das Selbstverwaltungsrecht, S. 139.
391 Wolff, VwR III, § 138 IV b 3, alpha.
392 Vgl. Ipsen, Gleichheit, S. 180 ff.
393 Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdnr. 35.
394 Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdnr. 30 mit Literaturhinweisen zu dieser nicht unstreitigen Frage.

ist nicht etwa, daß die Grundrechte gegen den Staat gerichtet sind, sondern weil sie sowohl für den Bürger als auch für den Staat notwendig sind, um in einer differenzierten Sozialordnung die Systemgrenze von der Verwaltung zur Umwelt zu stabilisieren und damit ein Verwaltungssystem zu ermöglichen.[395] Ohne stabile Systemgrenzen wäre es der Verwaltung nicht möglich, ohne mit der Umwelt ineinander zu zerfließen, mittels des durch die Systemgrenze kanalisierten Informationsflusses eine Verallgemeinerung und damit Verminderung der Umweltkomplexität vorzunehmen. Systeminterne Zuordnungen von Zuständigkeiten bedürfen einer solchen Stabilisierung durch Grundrechte nicht. Man kann zwar der Meinung sein, daß der Gleichheitssatz auch im Verhältnis der Hoheitsträger zueinander Geltung hat. Dabei kann es sich jedoch nur um eine Auswirkung einer verfassungsrechtlichen Grundnorm des Wertesystems des Grundgesetzes handeln.[396] Dies ist ein Ausdruck des allgemeinen Rechtsprinzips des Willkürverbots und des Gebots der sachlichen Differenzierung. Nur als objektives Gerechtigkeitsprinzip[397] und damit als Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit[398] kann der Gleichheitssatz im Verhältnis Staat/Gemeinde anwendbar sein.[399]
Darüberhinaus ist fraglich, warum man mit der Anwendung nur des Gleichheitssatzes zu einem subjektiv öffentlichen Recht kommen sollte, wenn dies nach der materiellen Rechtslage nicht gegeben ist. Daß die Gleichheit für sich rechtsethisch höher zu werten ist als die Ungleichheit,

395 Luhmann, Grundrechte, S. 182.
396 Fuß, Grundrechtsgeltung, S. 743.
397 Maunz-Dürig, Art. 19 III Rdnr. 32 und Fußnote 4.
398 BVerfG 6, 84 ff., 91; 23, 353 ff., 373.
399 Vgl. auch Ipsen, Gleichheit, S. 176, der in ausdrücklicher Absetzung vom Grundrechtssystem von einem bundesstaatlichen Gleichheitsprinzip spricht, in berechtigter Ablehnung zur grundrechtlichen Anwendung des Gleichheitssatzes im Südweststaat-Urteil des BVerfG 1, 14 ff., 52.

scheitert schon an der dafür notwendig sicheren und voraussetzungslosen Feststellbarkeit von gleichen bzw. ungleichen Sachverhalten. Der Gleichheitssatz (wie er im Grundgesetz formuliert ist) kann nur als eine Pflicht für eine zureichende Begründung jeglicher Ungleichbehandlung angesehen werden.[400] Es ist daher notwendig, im Grundgesetz zu erforschen, ob Gründe dafür bestehen könnten, daß nicht jede Gemeinde mit einer bestimmten Sonderzuweisung bedacht werden muß, die an sich regelmäßig bei Vorliegen des entsprechenden Finanzbedarfs gezahlt zu werden pflegt. Man kommt auf diese Weise zwangsläufig zu einer Prüfung eines materiellen Zahlungsanspruchs. Dieser ist, wie oben dargelegt, aus der Stellung der Gemeinde in der gesamten Staatsverwaltung nicht gegeben.

Ein subjektives öffentliches Recht auf Zahlung einer Dotation läßt sich auch auf dem Umweg über den Gleichheitssatz für die Gemeinde nicht herleiten.[401]

9. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, daß die geübte Praxis der Dotationsgewährung verfassungswidrig ist, die Gemeinde jedoch andererseits keinen Anspruch auf eine Dotation hat.
Ein Abwehranspruch der Gemeinde gegen die Dotationsaufsicht ist mit Hilfe einer Verpflichtungsklage nicht gegeben. Da auch

---

400 Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, S. 33; Luhmann Grundrechte, S. 168 ff., wobei Luhmanns Darstellung des Gleichheitsprinzips als Systemstrategie zur Formulierung und Bewältigung von Umweltkomplexität - a.a.O., S. 173 - nicht weiter zu verfolgen ist.

401 Maunz-Dürig, Art. 19 III Rdnr. 35, 38; a.A.: Führ, Das Selbstverwaltungsrecht, S. 145, der sich zu Unrecht auf Wolff, VwR III, § 138 IV b 3 bezieht.

die Anfechtungsklage nur vor den gröbsten, auch politisch nicht mehr tolerierbaren Eingriffen schützt, ist ein Appell an die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der letzte Ausweg.

Außerdem ist es notwendig, daß der Gesetzgeber die Auswüchse und weitere Entwicklung der verfassungswidrigen Dotationsaufsicht durch eine weisungsfreie sachbezogene kommunale Finanzgarantie beschränkt. In dieser Beziehung haben weder das Finanzreformgesetz noch das Gemeindefinanzreformgesetz vom 8.9.1969 die Erwartungen[402] an eine Gemeindefinanzreform erfüllt. Die gesetzliche Regelung eines gemeindlichen Anspruchs auf weisungsfreie Finanzzuweisungen ist weiterhin dringend erforderlich. Die derzeitige Gemeindegliederung ist dafür jedoch noch keine brauchbare Grundlage.[403] Auf der anderen Seite werden auch die durch Gemeindezusammenlegung geschaffenen Großgemeinden ohne eine gesetzliche Sicherung weisungsfreier Finanzzuweisungen vom Zentralisierungsprozeß erfaßt wie die kleinsten Gemeinden.

Bei der Überprüfung eines Gesetzes oder eines Verwaltungshandelns auf die Vereinbarkeit mit der Selbstverwaltungsgarantie ist demnach die Allzuständigkeit zu konkretisieren. Die Einzelzuständigkeiten Gestaltung, Vollzug und Finanzierung sind im Lichte des Art. 28 II GG zu untersuchen. Die Gemeinde hat nur dann eine echte Entscheidungszuständigkeit, wenn

1. der Vollzug der Aufgabe bei ihr liegt,
2. sie an der Gestaltung durch wenigstens teilweise Setzung des Konditionalprogramms beteiligt ist und
3. sie über die notwendigen Finanzmittel in Form von eigenen Steuerquellen oder weisungsfreien Finanzzuweisungen verfügen kann.

---

[402] Trögergutachten, S. 86, Randziffer 330; Hettlage, Die Gemeinde in der Finanzverfassung, S. 13.

[403] Trögergutachten, S. 83 Randziffer 317 ff.

Teil C

Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz

Der die kommunale Allzuständigkeit ausfüllende Selbstverwaltungsgrundsatz ändert sein Gesicht mit dem Wandel der sozialen Struktur. Die Organisation der Verwaltung hat sich den Bedürfnissen der Einwohner anzupassen.[404]

Über den Inhalt des Selbstverwaltungsgrundsatzes bestehen in Rechtsprechung und Lehre nur ungenaue Vorstellungen. Es wird zwar anerkannt, daß die Selbstverwaltung ihre Aufgabe als Sicherung der bürgerlichen Freiheit gegen den undemokratischen Verwaltungsstaat durch die historische Entwicklung verloren hat, die Legitimation für eine Selbstverwaltungsstruktur in einem demokratischen Staat wird jedoch kaum geprüft. Wegen dieser fehlenden Grundlage gibt es ständig Meinungsverschiedenheiten bei der Zuständigkeitsabgrenzung.[405]

Ausgangspunkt für eine Bestimmung des materiellen Selbstverwaltungsgrundsatzes kann nur die organisationsrechtliche Zuordnungsnorm des Art. 28 II GG sein. Bei einer Zuständigkeitsverteilung ist zu prüfen, wem was als Zuständigkeit zur Wahrnehmung zugeordnet wird. Gerade das Zuordnungssubjekt wirft Probleme auf, da die politische Gemeinde und die örtliche Gemeinschaft keinesfalls identisch sein müssen.[406]

I. Der Träger der Selbstverwaltungsgarantie

1. Die örtliche Gemeinschaft

Das Grundgesetz garantiert den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der

---

[404] Ule, Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug, S. 56 ff.

[405] So ist Giacometti, Das Staatsrecht, S. 76, der Meinung, die Aufgaben der Gemeinden lassen sich nicht aus dem Wesen der Gemeinde ableiten.

[406] Dies wird von der Rechtslehre und Rechtsprechung stillschweigend vorausgesetzt. Diese befassen sich in der Regel nur mit dem Objekt der Zuordnung, den Aufgaben.

Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Es unterscheidet also zwischen der Gemeinde als Verwaltungseinheit und der örtlichen Gemeinschaft, also der Gemeinde als sozialer Wirklichkeit. Diese soziale Wirklichkeit wird als Grundform menschlichen Daseins vorausgesetzt. Aus dem Zusammenleben der Menschen in einer örtlichen Gemeinschaft entspringen bestimmte Angelegenheiten, die der gemeinsamen Erledigung bedürfen. Die Erledigung erfolgt durch die Verwaltungseinheit Gemeinde. Die Aufgaben der Gemeindebehörde werden durch die örtliche Gemeinschaft bestimmt. Die Verwaltungseinheit Gemeinde als Organisation ist nicht identisch mit der örtlichen Gemeinschaft[407], die wie die Familie eine Lebensgruppe darstellt.[408]

Das Grundgesetz geht mit der Formulierung "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" von der Vorstellung aus, daß in jeder örtlichen Gemeinschaft Aufgaben entstehen, die eigene Aufgaben sind und sich von Aufgaben unterscheiden, die dadurch anfallen, daß die örtlichen Gemeinschaften in einem Staat leben. Die örtlichen Aufgaben müssen somit von den überörtlichen[408a] getrennt werden. Nur wenn die Angelegenheiten der sozialen Gruppe "Gemeinde" von den Angelegenheiten der Gesamtbevölkerung klar abgegrenzt werden können, dann kann in der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen politischer Gemeinde und den übergeordneten Verwaltungsträgern eine klare Trennung erfolgen.

---

[407] Gemeinde im soziologischen Sinn; vgl. René König, Die Gemeinde, S. 7.

[408] Mayntz, Die Soziologie der Organisation, S. 38.

[408a] Dabei soll hier vom normalen Sprachgebrauch ohne Rücksicht auf eine besondere gesetzestechnische Verwendung z.B. in § 2 LKrO NW ausgegangen werden.

Das Recht einer örtlich zusammensiedelnden Gruppe auf eine im Staat begrenzte eigene territoriale Verwaltung ist nicht selbstverständlich, da im demokratischen Staat der Bürger über den Landtag Einfluß auch auf die Verwaltung des von ihm bewohnten Gebietes hat. Das Recht auf territoriale Selbstverwaltung kann nur aus dem Wesen der sozialen Gruppe der Gemeindebevölkerung abgeleitet werden.

2. Die Gemeinde im soziologischen Sinn

Als wesentliche Merkmale einer Gemeinde im soziologischen Sinn werden angesehen: lokale Einheit, soziale Interaktionen und gemeinsame Bindungen. König erweitert den Begriff wie folgt: "Die Gemeinde ist zunächst eine globale Gesellschaft vom Typus einer lokalen Einheit, die eine unbestimmte Mannigfaltigkeit von Funktionskreisen, sozialen Gruppen und anderen sozialen Erscheinungen in sich begreift, welche zahllose Formen sozialer Interaktionen und gemeinsamer Bindungen sowie Wertvorstellungen bedingen; außerdem hat sie neben zahlreichen Formen innerer Verbundenheiten, die sich in den erwähnten Teilen abzuspielen vermögen, selbstverständlich auch ihre sehr handgreifliche institutionell-organisatorische Außenseite."[409]

Die von König als globale Gesellschaft angesprochene soziale Totalerscheinung der Gemeinde ergibt sich aus der Einsicht, daß die Menschheit während des weitaus größten Teils ihrer Geschichte in Gemeinden gelebt hat und durch diese und weniger durch einen übergeordneten Staat zu einem gemeinschaftlichen Leben geordnet und beeinflußt wurde. Auch heute

---

[409] König, a.a.O., S. 28.

empfängt der Mensch seine wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Impulse noch in großem Maße aus der Gemeinde.

3. Die soziologische Gemeinde und die Gemeindeverwaltung

Die örtliche Verbundenheit der Gemeindebewohner ist jedoch weitgehend verwaltungsneutral. Die soziale Totalerscheinung "Gemeinde" verleitet den Juristen auf dem von der soziologischen Gemeinde so verschiedenen Gebiet der politischen Gemeinde zu einer idealisierenden Überhöhung der "örtlichen Verbundenheit"[410], obwohl die weitaus meisten Erscheinungen des gemeindlichen gesellschaftlichen Daseins nicht von der kommunalen Verwaltung erfaßt werden. So ist die Nachbarschaft ein Grundprinzip für die Vergesellung der Menschen. Voraussetzung dafür ist ein gewisses räumliches Zusammensiedeln.[411] Gerade dieses für jede örtliche Gemeinschaft notwendige Prinzip der Nachbarschaft wird von der Verwaltung nicht berührt. Die Nachbarschaften gehören als Interaktionssysteme zwischen den Bürgern zur Freiheitssphäre des Einzelnen, in die die Verwaltung nicht eingreifen darf.

Auch bei dem Charakterisierungsmerkmal einer gemeinsamen Wertvorstellung und Bindung der Einwohner handelt es sich um eine von der Verwaltung nicht erfaßte Eigenschaft. Während die örtliche Gemeinschaft durch die in lokaler Einheit vorgenommenen Tätigkeiten, Interaktionen und Verbindungen in ihrer Umwelt nur überlebt[412], wird sie erst durch soziale und seelische Verbundenheit zu einer Einheit, der Gemeinde, integriert. Die Integration der örtlichen Gemeinschaft erfolgt zwar im Rahmen der vorgegebenen festen Lebensbedingungen (Charakter einer Industriegemeinde, landschaftliche Lage usw.)

---

[410] So § 5 nwGO und dazu die Kommentierung von Kottenberg-Rehn, S. 102.

[411] Vgl. zur Nachbarschaft König, a.a.O., S. 46 ff.

[412] König, a.a.O., S. 114.

als aktive sozial-kulturelle schöpferische Anpassung, ist jedoch gerade dabei ein bei jedem Einwohner liegendes Einzelverhalten, das erst durch gleiche Zielsetzung und gegenseitige Abstimmung zum Gruppenverhalten wird.[413]

Soweit das Zusammensiedeln durch die damit in der Regel verbundene Interaktion zu einer Integration einer örtlichen Gemeinschaft führt, wird sich der Zusammenhalt und das Bewußtsein einer eigenen soziologischen Gruppierung bei den Bewohnern ganz unabhängig davon einstellen, ob eine eigene örtliche Verwaltung vorhanden ist oder nicht.

Durch die Gleichsetzung von räumlicher Nachbarschaft und örtlicher Gemeinschaft, betont durch die Forderung nach "Überschaubarkeit" der Gemeinde[414], wird immer wieder Verwirrung in den Selbstverwaltungsbegriff getragen.

Zusammensiedeln, Interaktion und Integration kommen in den kleinen politischen Gemeinden ebenso vor wie in den Großstädten. Von der neueren deutschen verwaltungswissenschaftlichen Literatur wird das Bestehen der örtlichen Gemeinschaft auch in Großstädten zum Teil immer noch übersehen.[415] Ohne den Begriff der soziologischen Gemeinde zu erwähnen, wird die örtliche Gemeinschaft gleichgesetzt einem idealisierten Nachbarschaftsbegriff[416], bei dem sich möglichst viele räumliche Nachbarn möglichst gut "kennen" müssen.

---

[413] Auch wenn die Systemstruktur normativ aufgefaßt wird, also nicht auf Handlungen, sondern auf Verhaltenserwartungen zurückgeführt wird, also auf Rollen, so sind die Motivationen der Personen, die im sozialen System dieErwartungen hegen und erfüllen, weitgehend unabhängig von der Verwaltungstätigkeit ihrer Gemeindeverwaltung.

[414] So Kottenberg-Rehn, S. 102.

[415] z.B. Thieme, Verwaltungslehre, S. 127.

[416] Dazu kritisch Pfeil, Zur Kritik der Nachbarschaftsidee, AfK 1963, S. 39 ff., 46.

Man muß jedoch als Ergebnis der Gemeindeforschung berücksichtigen, daß

1. örtliches Zusammenwohnen zwar die soziale Interaktion und Integration begünstigt, aber noch weitere Faktoren zur Herstellung einer echten Nachbarschaft notwendig sind,
2. die tragenden sozialen Kontakte auch im kleinen Dorf nicht das ganze Dorf umfassen und mit der Zahl der sozialen Kontakte des Großstädters durchaus vergleichbar sind,
3. das räumliche Zusammenwohnen als Grundprinzip der Vergesellung vielfach durch andere Kontaktmöglichkeiten ersetzt wird (z.B. durch die gemeinsame Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen wie dieselbe Arbeitsstätte, derselbe Supermarkt).[417]

Aus dem nachbarschaftlichen Zusammensiedeln, aus dem "sich gut kennen", der "Überschaubarkeit" oder auch aus einer eigenen örtlichen Geschichte allein kann ein Selbstverwaltungsrecht für eine örtliche Gruppe nicht hergeleitet werden.[418] Diese Merkmale bleiben von einer örtlichen oder überörtlichen Verwaltung weitgehend unberührt.
So besteht die örtliche Verbundenheit gerade kleiner Gemeinden in der eigenen Mundart, überlieferter Lebensart und Sitte und oft einem starken Bewußtsein der eigenen Geschichte; alles Merkmale, die mit einer örtlichen Verwaltung wenig

---

[417] Vgl. König, Die Gemeinde, S. 42 ff., 48 und die dort zitierten Untersuchungen; vgl. die im Sachverständigengutachten Schl.Holst. S. 156 ff. zitierten Ergebnisse von: Morgen, Die ländliche Großgemeinde im Verwaltungsbezirk Oldenburg; die unsentimentale Betrachtung Max Webers, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 199.

[418] a.A. weitgehend die Literatur, z.B. Salzwedel, in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht, S. 222.

zu tun haben. Natürlich leistet gerade in kleineren Gemeinden die eigene Verwaltung einen starken Beitrag zur Interaktion und Integration. Dies ist jedoch nur eine Funktion, die jeder Heimat- oder Sportverein oder eine andere größere örtliche Organisation zu leisten vermag.

Ohne Verbindung zu einer konkreten Verwaltungsaufgabe kann örtliche Verbundenheit auch historisch gewachsener Gemeinden allein niemals der Zweck einer gemeindlichen Selbstverwaltung sein. Dies läßt die h.M. entsprechend dem Wortlaut der Gemeindeordnungen außer acht.[419] Das durch Zusammensiedeln entstandene Gemeinschaftsgefüge wird weder durch Zusammenlegung von mehreren Gemeinden zu einer Großgemeinde noch durch die großstädtische Verwaltung zerstört oder unterdrückt. Auf der anderen Seite kann allein das Aneinandergrenzen der Bebauung zweier Gemeinden eine Zusammenlegung nicht legitimieren.[420] Großstadtquartiere oder Dörfer können mit diesen Argumenten ebenfalls keine eigene Verwaltung fordern, da mit der Selbstverwaltung keine hochgespannten ideologischen Ideen, sondern ganz handfeste Ziele verfolgt werden.
Eine örtliche Verbundenheit kann sich - abgesehen von der verwaltungsneutralen Verbundenheit durch Zusammensiedeln usw. - erst einstellen, wenn gemeinsame örtliche Problemlagen bestehen, die durch die Kommunalverwaltung gelöst werden. Wenn die Aufgaben der Daseinsvorsorge von der Gemeindeverwaltung nur noch zu einem geringen Teil erfüllt werden, dann wird sich bei Auflösung der Gemeindeverwaltung die

---

[419] So § 5 nwGO und dazu Kottenberg-Rehn, a.a.O.; vgl. auch Salzwedel, in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht, S. 222 und das Sachverständigengutachten NW - Kommunale Neugliederung -, S. 4.

[420] So aber die ständige Rechtsprechung des VGH Rheinland-Pfalz, vgl. insbesondere das grundlegende Urteil vom 21.3.1969 - VGH 5/68.

örtliche Verbundenheit der Einwohner nicht wesentlich ändern. Örtliche Verbundenheit als Programm einer Gemeindeordnung (§ nwGO, § 4 DGO) ist daher nicht sehr sinnvoll. Insbesondere eine historisch gewachsene Verbundenheit einer Ansiedlung kann nur verwaltungsrelevant sein, wenn dadurch die bürgerschaftliche Mitwirkung zur Lösung von Gegenwartsproblemen aktiviert wird.

II. Die Selbstverwaltung als funktionaler Strukturtyp

1. Definitionen der Selbstverwaltung

Das Grundgesetz erstrebt mit Art. 28 II nicht eine räumliche Einheit von Verwaltungskörper und soziologisch einheitlicher historischer Siedlungsgemeinschaft, sondern sagt ganz konkret, daß die örtliche Gemeinschaft ihre Aufgaben selbst regeln soll. Es ist somit ganz allein auf die die örtliche Gemeinschaft betreffende Verwaltungsaufgabe abzustellen. Darüberhinaus muß man sich von dem historischen Selbstverwaltungsbegriff trennen. Dieser ist durch die gesellschaftlichen Wandlungen seit 1800 so belastet worden, daß er als historischer Begriff kein brauchbares Kriterium abgibt.[421] Wenn man feststellt, daß es weder dem Grundgesetz noch seinen Interpreten gelungen ist, der sich seit jeher an den Selbstverwaltungsbegriff knüpfenden Auslegungsschwierigkeiten Herr zu werden[422], so ist zunächst zu fragen, was der Selbstverwaltungsgrundsatz in einem demokratischen Staat für einen Sinn hat.
Die Standardformeln wie "Urzelle und Schule der Demokratie"[423] können bedenkenlos über Bord geworfen werden, falls es nicht gelingt, aus ihnen konkrete Anhaltspunkte für eine Zuständigkeitsordnung der staatlichen Verwaltung herzuleiten.

---

[421] Vgl. zu den historischen Selbstverwaltungsdogmen kritisch v. Unruh, Spannungen, S. 441 ff., 454.

[422] So Lerche, Verfassungsfragen, S. 95.

[423] Korte, Die Aufgabenverteilung, S. 19, mit Literaturhinweisen.

Krüger sieht in der Delegierung des Vollzugs der Staatsgewalt an die Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft den Sinn, daß damit das staatspolitische Ziel erfüllt wird, daß der Bürger durch die Selbstverwaltung sich selbst Befehl und Zwang auferlegt und durch Innehabung von Gewalt eine ständige Selbsterziehung stattfindet, die überdies eine menschenwürdigere und auch wirksamere Lösung der Verwaltungsaufgaben mit sich bringt.[424] Aus der Erziehungsfunktion der Selbstverwaltung läßt sich jedoch keine kommunale Zuständigkeit konkretisieren.

Ebensowenig kann man sich an juristische Schlagworte[425] halten.

Auch die Argumentation, die Gewährung einer eigenen Rechtspersönlichkeit an die Gemeinde habe logisch die rechtliche Möglichkeit zur Folge, einen eigenen Willen zu bilden und zur Ausführung zu bringen[426], bedeutet letztlich nur eine Beschreibung der gemeindlichen Zuständigkeit mit einem generalisierenden Begriff.

Die von der Rechtstheorie[427] entwickelten Begriffe der kommunalen Selbstverwaltung führen ebenfalls nicht weiter.

---

[424] Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 223, 344; diese Gedanken Krügers haben eine gewisse Verwandtschaft mit der von Georg Jellinek aufgezeigten Theorie (Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 218) von der Rechtfertigung des Staates, wonach schon seit der antiken Philosophie bis in die neueste Zeit der Gedanke vertreten wird, daß der Mensch nur in der staatlichen Gemeinschaft seine volle Menschennatur entfalten könne.

[425] Wie "Genossenschaftscharakter" bei Dressler, Die Organisations- und Personalhoheit, S. 11, ohne Aufhellung der gedanklichen Grundlagen.

[426] Hans Peters, Grenzen, S. 31 - 34.

[427] Vgl. zum Begriff der Selbstverwaltung die oben angeführte Literatur und insbesondere Hans Peters, Grenzen, S. 5-46 mit der Entwicklung eines juristischen Selbstverwaltungsbegriffs, S. 36.

So wird die Selbstverwaltung definiert als politischer Begriff, nämlich als "Verwaltung eines öffentlichen Interessenkreises durch die Interessenten selbst"[428] und als staatsrechtlicher Begriff, nämlich als Verwaltung, welche "staatliches Imperium als ein dem Verband zustehendes Recht zur Erfüllung der Verbandszwecke in Übereinstimmung mit den Gesetzen und unter Kontrolle des Staates ausübt".[429]

Erich Becker[430] definiert den Selbstverwaltungsbegriff im formalen Sinn ("die Führung öffentlicher Verwaltung durch vom Staat verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts"). Diesen sieht er als ergänzungsbedürftig an zur Konkretisierung bestimmter Selbstverwaltungskörper. Dazu dient ihm der Selbstverwaltungsbegriff im materialen Sinn ("alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung" zu regeln; Art. 28 II GG) und kommt dann zu einem Selbstverwaltungsbegriff für die kommunale Selbstverwaltung: "Selbstverwaltung ist die eigenverantwortliche Erfüllung gemeinschaftlicher öffentlicher Aufgaben im eigenen Namen durch rechtsfähige öffentliche Verbände, die dem Staat eingegliedert sind, mit eigenen gewählten Organen unter der Aufsicht des Staates" mit allseitigem Wirkungskreis und Gebietshoheit.

Es ist jedoch fraglich, ob man mit dieser als materiales Verständnis der Selbstverwaltung anerkannten Definition[431] etwas anfangen kann. Einmal ist sie methodisch bedenklich, da sie mit einem vorgefaßten Selbstverwaltungsbegriff gewonnen wird, zum anderen kann eine solche Definition weder ein Kriterium für die Einordnung einer Aufgabe als Selbstverwaltungsaufgabe sein, noch wird durch sie die kommunale

---

[428] G. Jellinek, System, S. 291.

[429] G. Jellinek, a.a.O.

[430] Grundrechte IV/2, S. 696.

[431] So von Lerche, Verfassungsfragen, S. 95; Hohrmann, Bundesgesetzliche Organisation, S. 28.

Selbstverwaltung so charakterisiert, daß feststellbar ist, wann eine unzulässige Verletzung der Selbstverwaltung vorliegt.

2. Der Strukturtypus der Selbstverwaltung

Die Selbstverwaltung mit einer Definition zu erfassen, muß als gescheitert angesehen werden. Es ist dennoch notwendig, einen Ordnungsfaktor zu finden, mit dem sich nicht definierbare Wesenseinheiten, insbesondere hier Verwaltungsstrukturen, in rechtlich befriedigender Weise erfassen lassen. Als rechtlich brauchbare Einheit bietet sich der Typus an.[432] Durch Beschreibung der wesentlichen Grundzüge eines sachlichen oder rechtlichen Zusammenhanges erhält man den Typus. So kann man darauf verzichten, festlegen zu müssen, welche Merkmale notwendig vorhanden sein müssen. Man kann sich auf die Grundzüge beschränken, die dem Typus das Gepräge geben. Zwar beruht jede Typenbildung auf einem subjektiven Auswahlprinzip[433], das Selektionsverfahren sortiert jedoch Tatbestände mit typischem Erkenntniswert heraus.[434] Der Typus einer Verwaltungsstruktur, also der Typus Selbstverwaltung, kann dabei nicht aus sich heraus bestimmt werden.[435] Der Strukturtypus wird festgelegt und umschrieben durch seine Funktion. Nur die besondere Funktion, die die Selbstverwaltung als Verwaltungsstruktur in der Staatsverwaltung hat, kann die Selbstverwaltung und ihren Umfang im demokratischen Staat legitimieren. Dadurch kommt es zwar zu einer Relativierung der Selbstverwaltung, dies ist jedoch kein Nachteil, da Eingriffe

---

[432] Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., S. 337.

[433] Gothein, Typen und Stufen, S. 5.

[434] Vergleichbare Ordnungsfaktoren existieren im anglo-amerikanischen Recht mit den "standards", die jedoch mehr Bewertungsvorstellungen sind; Esser, Grundsatz und Norm, S. 95, 150; Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., S. 132.

[435] Vgl. oben zum Wesensgehalt der Selbstverwaltung.

in den Wesensgehalt durch strenge Anforderungen an das Übermaßverbot verhindert werden können. Der Strukturtyp Selbstverwaltung muß dargestellt werden als geeignetes Handlungssystem zur Verwirklichung eines Teilbereichs des gesamtstaatlichen Zielsystems gegenüber einer speziellen Umwelt.

3. Die Bezugspunkte einer Strukturbetrachtung

a) Die Systemtheorie als Grundlage der Untersuchung

Das Staatsverwaltungssystem wurde oben dargestellt als Handlungssystem zur Herbeiführung bindender Entscheidungen für die Umwelt. Dieses auf der Grundlage von Systemtheorie und Entscheidungstheorie errichtete System[436] faßt eine Verwaltungsgliederung Gemeinde/Land bzw. Bund auf als interne Differenzierung des Staatsverwaltungssystems. Die Leistung des Systems, Reduktion von Umweltkomplexität[437], erfolgt durch generalisierte Verhaltenserwartungen, die aus entscheidungstechnischen und rechtsstaatlichen Gründen normativ institutionalisiert werden müssen. Bei der Abgrenzung der Zuständigkeit der Gemeinde zum Staat handelt es sich um die Frage nach der optimalen Systemstruktur. Auf der Grundlage der Systemtheorie soll zunächst die Einordnung der Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung betrachtet werden.

b) Die Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung - ein Beispiel verfehlter Strukturbetrachtung

Ernst Forsthoff[438], als Vertreter der herrschenden Auffassung vom Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung, versteht unter dieser die nicht von den unmittelbaren Staatsbehörden, sondern von selbständigen, d.h. rechtsfähigen

[436] Das weitgehend auf den Gedanken von Parsons und Luhmann beruht.

[437] Luhmann, Theorie, S. 65.

[438] Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1966, § 24 a.

Trägern wahrgenommene Verwaltung staatlicher Aufgaben. Dieser Begriff deckt sich weitgehend mit der Selbstverwaltung.[439] Er führt aus: "An die Bildung eines solchen Begriffs (d.h. der mittelbaren Staatsverwaltung) war erst zu denken, als diese rechtsfähigen Verwaltungseinheiten auf eine gewisse übereinstimmende strukturelle Typik gebracht waren und funktionell in der übersehbaren Einheit eines Wirkungszusammenhanges aufgingen."[440] Damit formuliert Forsthoff, wenn auch unklar, die grundlegende Methodik seiner Untersuchung. Er vergleicht die interne Struktur von Selbstverwaltungen und grenzt die mittelbare Staatsverwaltung von der unmittelbaren ab nach der verwaltungsinternen Autoritätsstruktur[441]. Forsthoff zieht insbesondere die Weisungs-, Leitungs- und Aufsichtsrechte als Kriterien heran.[442] Diese vergleichende Betrachtung der internen Autoritätsstruktur führt zum Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung. Dabei handelt es sich jedoch um den Vergleich rein äußerlicher Erscheinungsbilder von Verwaltungsstrukturen, um einen Vergleich, der losgelöst ist vom Zielsystem des einzelnen Verwaltungskörpers.

Aus dem Begriff mittelbare Staatsverwaltung Folgerungen zu ziehen für eine bestimmte so klassifizierte Verwaltungseinheit ist verfehlt.[443]

---

[439] Forsthoff, a.a.O., § 24 b.

[440] Forsthoff, a.a.O., § 24 a.

[441] Vgl. zur Autoritätsstruktur Mayntz, Soziologie, S. 97 ff., die eine Dreiteilung der Autoritätsstruktur vornimmt als hierarchische, demokratische und Doppelstruktur, wobei die Staatsverwaltung bezüglich der kommunalen Selbstverwaltung wegen der komplizierten Aufsichts- und Weisungsrechte als Mischstruktur anzusehen wäre.

[442] Forsthoff, a.a.O., § 24 b. S. 445.

[443] So aber Linckelmann, Mittelbare Staatsverwaltung, S. 562.

Eine vergleichende Analyse von Verwaltungsstrukturen nach dem Kriterium der Autorität kann zu keinem Ergebnis führen, da ein gemeinsamer außerhalb des Verwaltungssystems liegender Bezugspunkt notwendig ist. Je nachdem, welchen Bezugspunkt man auswählt, wird man zu einem verschiedenen Ergebnis kommen. Mit einer Beschränkung allein auf das Innenleben einer Organisation, wie es die klassische Organisationslehre tat[444], kann man nicht die Geeignetheit einer Organisationsstruktur zur Erreichung eines bestimmten Zieles nachweisen. Verwaltung als System zur Herstellung bindender Entscheidungen ist System/Umwelt-Prozeß.[445]
Die Ausgestaltung einer Selbstverwaltungseinheit kann nicht nach dem Typus einer "mittelbaren Staatsverwaltung" ausgerichtet werden, sondern nur auf die Geeignetheit zur Erreichung des speziell mit dieser Verwaltung erstrebten Zielsystems. Nicht durch Beschreibung von auf den ersten Blick ähnlichen Verwaltungsstrukturen, sondern durch funktionale Analyse auf Geeignetheit zur Lösung einer bestimmten Umweltkomplexität im Hinblick auf das spezielle Zielsystem läßt sich ablesen, wie die Aufgabenverteilung und die Autoritätsstruktur im Gesamtverwaltungssystem aufgebaut sein soll.

Weiter ergibt sich die Folgerung, daß es keine abgeleitete oder originäre Staatsgewalt gibt, sondern daß die interne normativ institutionalisierte Verwaltungsstruktur durch das staatliche Zielsystem determiniert und zugleich relativiert wird, daß Verwaltungsstrukturen durch alternativen Vergleich auf ihre Geeignetheit zu dieser Zielverwirklichung ausgetauscht werden können.

---

[444] Luhmann, Funktionale Methode und Systemtheorie, S. 13.
[445] Luhmann, Theorie, S. 72.

Man kommt auch mit der neueren Staatslehre zu diesem Ziel, wenn man den Begriff Staatsgewalt durch das im Grundgesetz verankerte staatliche Zielsystem ersetzt. Nicht der Staat delegiert Herrschaftsrechte, sondern die Verfassung ordnet insbesondere in Art. 28 GG Verwaltungszuständigkeiten.[446]

c) Die Bezugspunkte der Selbstverwaltungsstruktur: Das Organisationsziel und die Umweltsituation

Wir müssen uns darauf beschränken zu fragen, ob unter Berücksichtigung der der modernen Organisationstheorie zugrunde liegenden Systemvorstellung, die Zielvorstellung unseres demokratischen Staates eine besondere Verwaltungsstruktur erfordert. Dabei ist vom verbindlich formulierten Zielsystem des Grundgesetzes auszugehen. Die Kompetenzabgrenzungsnorm des Art. 28 II GG gibt die Grenze an für eine funktional vergleichende Strukturanalyse unserer Verwaltung. Das GG hat damit schon eine gewisse Konkretisierung der Zielverwirklichung durch generelle Anordnung der untersten Verwaltung als Selbstverwaltung vorgenommen. Mit Art. 28 II GG hat das Grundgesetz, wenn auch in generalisierender Weise, die Zielverwirklichung des staatlichen Zielsystems durch bindende Anordnung der Verwaltungsstruktur festgelegt, ohne gleichzeitig die angestrebten Ziele ausdrücklich zu nennen.

Dabei kann es sich nur um Staatsziele handeln, die eine Abtrennung der kommunalen Selbstverwaltung von der übrigen Verwaltung verlangen. So erfordert das Ziel "Gemeinwohl" nicht zwingend eine Selbstverwaltung und ist in einem Zuständigkeitsstreit ohne nähere Konkretisierung unbrauchbar. Ebenso bedürfen der Rechtsstaatsgedanke oder das Ziel optimaler Einzelgerechtigkeit einer praktikablen Konkretisierung

446. Ähnlich Hans Meyer, Die Finanzverfassung der Gemeinden, S. 57; Meyer kommt ebenfalls, wenn auch aus anderen Gründen, zu einer Ablehnung des Begriffs "mittelbare Staatsverwaltung".

gerade in bezug auf eine daraus geforderte Zuständigkeitsabgrenzung. Sonst sind sie in der Selbstverwaltungsdiskussion wertlos.

Erst durch die Festlegung der funktionalen[447] Bezugspunkte kann die Geeignetheit der Verwaltungsstruktur festgestellt werden, kann die Selbstverwaltung als im Rahmen des Art. 28 II GG alternativ ausgestaltbare Verwaltungsstruktur überprüft werden.

Wenn wir sagen, daß ein Verwaltungssystem durch Herstellung bindender Entscheidungen für die Umwelt dieser Umwelt ein geordnetes Zusammenleben ermöglicht und deshalb von der Umwelt eingesetzt und geduldet wird[448], dann muß die Reduzierung der Umweltkomplexität in für den Bürger tragbare Verhaltenslasten durch eine interne Systemstruktur ermöglicht werden, die einmal der Zielbestimmung des Staates und zum anderen der besonders gearteten Umweltkomplexität entspricht.

---

[447] Vgl. zur besonderen Problematik einer gesamtgesellschaftlichen Funktionsanalyse Gösta Carlsson, Betrachtungen zum Funktionalismus, in: Logik der Sozialwissenschaften, 1965, S. 236, und Steinbeck, Einige Aspekte des Funktionsbegriffs, in: Soziale Welt, 1964, S. 97 ff., 114, wo insbesondere auch die hier interessierende Frage der Auswahl der Bezugspunkte erörtert wird. Ohne darauf näher eingehen zu können, soll festgehalten werden, daß die Verwaltung nicht strukturiert ist als kausale Anpassung an die Lebensverhältnisse, sondern unter Verfügung über die Lebensverhältnisse teleologisch ausgerichtete freie Entscheidungen trifft über die Lösung von Umweltproblemen. Auch die funktionale Analyse kann es nicht vermeiden, zunächst einen hypothetischen Zielzustand zu entwerfen. Vgl. dazu Mayntz, Kritische Bemerkungen, in: Kölner Zeitschrift, 1961, S. 10 ff.

[448] Der Verfasser übersieht nicht, daß auch er ein demokratisch funktionierendes Staatswesen behandelt. Dies ist jedoch nicht unbedingte Voraussetzung für ein Verwaltungssystem i.S. der Systemtheorie wie Ronneberger, a.a.O. meint. Ronneberger erkennt nicht, daß unter Systemumwelt die gesamte Umwelt, also auch das Personal, die Politik, ein einzelner Diktator gemeint sind, Integrationsfunktion, S. 185 ff.

Grundsätzlich wird die Struktur einer Organisation einmal vom Organisationsziel her bestimmt.[449] Sie hängt zum anderen weitgehend von der konkreten historischen Konstellation ab. Ein Zielwandel der kommunalen Verwaltung und eine Änderung der sozialen Umwelt stehen mit der Struktur der Gemeindeverwaltung in wechselweiser veränderlicher Beziehung.[450]

Ziel und Umweltsituation der kommunalen Selbstverwaltung haben sich in Deutschland geändert. Die Selbstverwaltung hat nicht mehr das Ziel der Sicherung der bürgerlichen Freiheit gegen den undemokratischen Verwaltungsstaat. Die gesellschaftliche Umwelt hat sich ebenfalls verändert. Falls die Selbstverwaltung in unserer Staatsverwaltung Bestand haben soll, muß sie in der neuen Umweltlage neue Ziele in geeigneter Weise erfüllen.

III. Die Legitimation der Selbstverwaltung

Unsere Staatsordnung ist von drei Zielen beherrscht, die eine Selbstverwaltung legitimieren können:

1. Integration einer örtlichen Gemeinschaft in den Staat als politisches Ziel,
2. Gewaltenteilung als rechtsstaatliches Ziel,
3. Dezentralisierung als ökonomisches Ziel.

Während ökonomische Ziele der Staatsordnung vom Grundgesetz direkt nicht angesprochen werden, kann man der Verfassung eine politische Zielsetzung und eine rechtsstaatliche Zielsetzung

---

[449] Die Begriffe Ziel, Zweck werden in der Verwaltungssoziologie gleichbedeutend und auch mit unterschiedlichen Bedeutungen gebraucht. Vgl. Mayntz, Soziologie, S. 58, und Morstein Marx, in: Verwaltung, S. 35.

[450] Vgl. Mayntz, Zu Ziel und Struktur, in: Soziologie, S. 79 ff.

entnehmen. Dabei ist unter dem politischen Prinzip nicht nur die demokratische Komponente zu verstehen, sondern die gesamte Einordnung von Individuum, Gruppe, Gemeinschaft in den Staat. Die rechtsstaatliche Zielsetzung wirkt sich in diesem Zusammenhang als organisatorisches Prinzip der Gewaltenteilung aus. Diese ist die Machtaufteilung der Staatsgewalt und ergibt sich neben der Freiheitssphäre des Einzelnen aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit.[451]

Im folgenden soll die politische und die rechtsstaatliche Legitimation der Selbstverwaltung untersucht werden, während die ökonomische Legitimation weitreichenden empirischen Untersuchungen vorbehalten bleiben muß.

1. Die Integration als politisches Ziel

a) Die Integrationsthesen der Literatur

Die von der Literatur unter dem Stichwort "Integration" angebotenen Zielbestimmungen der Selbstverwaltung haben mit der Frage nach dem Sinn gerade dieser Verwaltungsstruktur wenig zu tun. Viel zu unbestimmt ist die Formulierung Isenbergs, die Gemeinde sei als Integration

---

[451] Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 182, hatte als Organisationsprinzip nur die klassische Gewaltenteilung im Auge und betonte als politischen Bestandteil der modernen Verfassung den demokratischen Gedanken, der bei einer verwaltungsinternen Strukturbetrachtung nicht im Vordergrund steht. Eine Gegenüberstellung von politischem und organisatorischem Prinzip findet sich auch bei Kelsen - Allgemeine Staatslehre, § 28, S. 180 ff. -, der den Begriff Selbstverwaltung zerlegt in den Gedanken der Demokratie und den Gedanken der Dezentralisation. Diese wichtige Erkenntnis Kelsens bleibt in erster Linie deshalb ohne größere Aussagekraft, weil er sich mit seinem Rechtssystem auf einer Abstraktionshöhe bewegt, in der die soziologisch-historischen Zusammenhänge nur vorausgesetzt werden können.

des verschieden motivierten menschlichen Handelns anzusehen[452], in der das Gewinnstreben der Erwerbswirtschaft, der öffentliche Zwang der hoheitlichen Verwaltung und die Opferbereitschaft der Familie miteinander vereinbart werden. Erst durch Herausstellung des System/Umwelt-Verhältnisses wird ersichtlich, daß Umweltkomplexität, also zum Teil auch familiäre und erwerbswirtschaftliche Abhängigkeiten durch das Verwaltungshandeln reduziert werden. Gewinnstreben, öffentlicher Zwang und Opferbereitschaft sind nicht vergleichbar, die letzteren sind nicht Beweggründe des Handelns.

Lerche[453] erkennt richtig, daß der traditionelle Integrationsgedanke, nämlich "Engagement für das Gemeinwohl", Selbstaktivierung der Bürger, in der Gemeindewirklichkeit mehr und mehr zurücktritt. Er sieht die Legitimierung der Gemeinde durch Integration "in der planmäßigen Zusammenführung (Harmonisierung, Verschmelzung, Abstufung) von verschiedenen Ordnungssätzen für das soziale Leben". Die Verfolgung sachgemäßer Planungsziele der einzelnen Ressorts der Spitze der Staatsverwaltung wird auf der Gemeindestufe koordiniert.

Die Koordination der Staatsverwaltung durch die Gemeinde auf unterster Stufe ist zweifellos eine wichtige Aufgabe. Dabei geht Lerche jedoch von den bestehenden Verhältnissen aus. In jeder größeren Verwaltung tauchen Koordinationsprobleme auf, die nicht zwangsläufig durch Dezentralisierung gelöst werden müssen. Koordination erfordert nicht zwingend Selbstverwaltung.

---

[452] Isenberg, Die Gemeinden im Spannungsfeld, S. 41 ff., 53.

[453] Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft, S. 18.

Auch die Integrationsthesen von Ronneberger[454] münden in einer (angreifbaren) Beschreibung der Verwaltung.

b) Das Selbstverwaltungsrecht als Recht aus besonderer Betroffenheit

Sinn der Integration ist es, einen Ausgleich zu finden zwischen den Interessen des Einzelnen und denen der Gesamtheit, der dem demokratischen Gedanken entspricht. Aus diesem ergibt sich, daß der Persönlichkeitswert des Einzelnen nur ein endlicher ist und die summierten Persönlichkeitswerte einer Mehrheit denen einer Minderheit vorgehen.[455] Berücksichtigung findet diese Einstufung vom Wert der Persönlichkeit gegenüber dem Wert der Gesamtheit einmal in dem der Demokratie immanenten Prinzip der Selbstbestimmung und zum anderen in den Grundrechten, die das Individuum schützen.
Das in diesem Fall interessierende Prinzip der Selbstbestimmung bedeutet, daß der Träger der Staatsgewalt die Gesamtheit des Volkes ist[456] oder anders ausgedrückt, daß die Normen von den der Norm Unterworfenen selbst erzeugt werden und jeder Einfluß von außen ausgeschlossen ist. Bei der Untergliederung des Staates in verschiedene Gebietskörperschaften wäre ein höherer Grad von Demokratie dann erreicht, wenn an der Erzeugung der lokalen Norm nur die ihr Unterworfenen beteiligt sind; denn die Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung muß um so geringer sein, je mehr Individuen an der Erzeugung der Norm beteiligt sind, die dieser Norm nicht unterworfen sind.[457]

---

[454] Ronneberger, Integrationsfunktion der öffentlichen Verwaltung, S. 185 ff., 194.

[455] Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 27 ff.

[456] Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 61; vgl. zu einer Definition der Demokratie C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 225, 234.

[457] Kelsen, Allgemeine Staatslehre, § 28 A.

Diese Gedankenführung Kelsens stellt einmal einseitig auf den Freiheitsgedanken ab und läßt zum anderen kein Kriterium erkennen, aus dem die Untergliederung eines demokratischen Staates in weitere demokratische Gebietskörperschaften notwendig sein sollte. Demokratie als Selbstzweck kann als Legitimation der Selbstverwaltungsstruktur nicht genügen. Statt in der Selbstverwaltung eine weitere Verteilung der Staatsgewalt auf die Gesamtheit des Volkes zu sehen, sollte man sie in erster Linie als eine soziale Einordnung der örtlichen Gemeinschaft in den Staat betrachten.

Wenn einzelne Gruppen im Staat im gesellschaftlichen Zusammenleben in ihrer Lebensgestaltung durch Verwaltungsmaßnahmen oder sonstige Abhängigkeiten sozialer Art wesentlich berührt werden, dann wird ihnen ein besonderes Mitspracherecht bei der Gestaltung der sie stärker als die Gesamtheit berührenden Umstände zugestanden. Dieses aus der besonderen Betroffenheit einer Gruppe sich ergebende schutzwürdige Interesse kann z. B. die Eigentumsordnung durchbrechen - z.B. Mieterschutzgesetze, betriebliche Mitbestimmung -, aber auch in der Staatsverwaltung eine Berücksichtigung finden.

Das Mitspracherecht beruht nicht auf der Gleichheit der Individuen, sondern auf der besonderen Betroffenheit einer Gruppe. Zur Sicherung des sozialen Friedens werden einzelnen Gruppen nur beschränkte Verhaltenslasten auferlegt.

Mieterschutz, betriebliche Mitbestimmung und Selbstverwaltung haben aus dieser Sicht eine gemeinsame sozialstaatliche Komponente.

Die Formulierung des Selbstverwaltungsrechts als Recht aus sozialer Betroffenheit ist deshalb vorzuziehen, weil auf diese Weise deutlich wird, daß es sich dabei nicht

so sehr um eine Freiheitssphäre, sondern um die umfassende Einordnung einer örtlichen Gruppe in die Gemeinschaft eines Staates handelt. Dadurch erfolgt eine Abgrenzung gegenüber

aa) den Freiheitsrechten, wie sie von der h.M. als Abwehr des Bürgers gegen den Staat verstanden werden,

bb) einer grundrechtsähnlichen Bewertung der Selbstverwaltung,

cc) dem naturrechtsverwandten Subsidiaritätsprinzip, insbesondere dem Merkmal "Personnähe", sowie

dd) die Berücksichtigung der einer Freiheitssphäre widerstreitenden Forderung auf Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse.

aa) Die Abgrenzung zu den Freiheitsrechten

Eine Sphäre der menschlichen Freiheit zu statuieren heißt unsere Aufmerksamkeit auf einen Bereich lenken, in dem das Individuum tun und lassen kann, was es will. In einer Gesellschaft der sozialen Einordnung des Einzelnen in die Gemeinschaft sollte man diesen liberalen Gedanken mit der "Sphäre der Ansprüche" vervollständigen. Es gilt nicht so sehr, die Freiheitssphäre zu sichern, sondern die Anspruchssphäre (auch gegen den Staat[458]) abzugrenzen. Dies zusammen bedeutet Einordnung des Individuums oder einer Gruppe - nicht der Verwaltungskörper! - in die Gemeinschaft (hier mit Hilfe der Verwaltung). Nur so ist die Formulierung Lerches[459] zu halten: Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung berge für den Einzelnen einen großen unmittelbaren Freiheitsgehalt. Die "Anspruchssphäre" geht über den "sozialen Vorbehalt"[460], der

458 Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 588.

459 Lerche, Übermaß, S. 240 Fußnote 331.

460 Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, S. 38.

immer noch als Beschränkung der Freiheitssphäre gedacht ist, hinaus und kann, wie oben dargelegt, auch Eingriffe in Rechte Dritter, z.B. das Eigentum Dritter, aber auch Anforderungen an die Verwaltungsorganisation enthalten. Ein Beispiel ist das Selbstverwaltungsrecht. Diese Anforderungen an die Verwaltung bedeuten mit anderen Worten, daß ein Recht darauf besteht, daß die Umweltdifferenzierung, die in jedem menschlichen Zusammenleben gegeben ist, in der speziellen, von der verfassungsmäßigen Wertschätzung der Einordnung des Individuums in die Gemeinschaft geprägten Weise vom Verwaltungssystem berücksichtigt wird [461] und zwar nicht nur im Verwaltungshandeln, sondern auch in der Organisationsstruktur.

bb) Die Abgrenzung gegenüber einer grundrechtsähnlichen Bewertung der Selbstverwaltung

Die Selbstverwaltung dient - in der funktionalen Betrachtung - damit nicht so sehr wie die Grundrechte dazu, "die Individualität der Persönlichkeit, die Zivilisiertheit der Verhaltenserwartungen, die Geldorientierung der Wirtschaft und die demokratische Grundlage der Herrschaft miteinander vor der Einbeziehung in den Machtkreis des politischen Systems zu bewahren"[462], also der Grenzziehung von Umwelt und System.[463] Sie ist vielmehr

[461] Über die Auswirkung auf die interne Organisationsgliederung vergleiche unten.

[462] Luhmann, Grundrechte, S. 200.

[463] Dabei ist unter Grenzziehung keine strikte Trennung, sondern eine Kanalisierung der Einwirkungsmöglichkeiten zwischen Staat und Gesellschaft zu verstehen. Auch Huber - Bedeutungswandel der Grundrechte, S. 85 ff. - verweist auf die Überwindung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft und erkennt in den Grundrechten die "Grundformen der öffentlichen Ordnung", wobei sich diese Betrachtung jedoch nur beschränkt auf den gesellschaftlichen Bereich ausdehnen läßt - wie das Problem der Drittwirkung der Grundrechte schon zeigt.

eine system interne Berücksichtigung von Interessengegensätzen, die sich aus der Einordnung einer Gruppe, der örtlichen Gemeinschaft, in den Staat ergeben. Es handelt sich also um eine verwaltungsorganisatorische Berücksichtigung der Interessenausgleichung der Bürger untereinander.[464] Neben den traditionellen Argumenten ist aus diesem Grunde eine grundrechtsähnliche Bewertung des Art. 28 II GG nicht möglich.

cc) Die Abgrenzung gegenüber dem Susidiaritätsprinzip

Man muß sich dabei vergegenwärtigen, daß die wertmäßige Einschätzung der Persönlichkeit gegenüber der Gesamtheit vom Zielsystem des Gesamtstaates festgelegt wird. Sie ist im sozialistischen Staat anders als im Staat des Liberalismus. Das Zielsystem wird in der BRD u.a. bestimmt von der demokratisch legitimierten Verfassung und den jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätzen.[465] Die Einordnung des Individuums in die Gemeinschaft steht damit nicht ein für alle Mal fest und somit auch nicht ihre Berücksichtigung im Verwaltungsaufbau. Es ist daher schwierig, das Selbstverwaltungsrecht mit dem Subsidiaritätsprinzip naturrechtlich zu begründen. Das Selbstverwaltungsrecht ist von der politischen und weltanschaulichen Gesamtkonzeption des Staates abhängig. Insbesondere ein das formale Subsidiaritätsprinzip ausfüllendes Merkmal "Personnähe" ist viel zu ungenau. Es wird in der Regel als grundrechtsähnliche Absicherung des Bürgers - und damit

---

[464] Warum eine verwaltungsorganisatorische Berücksichtigung notwendig ist, wird unten untersucht (insbesondere auf S. 153 - 159).

[465] Vgl. BVerfG 1, 14 ff., 17.

für den Selbstverwaltungsgedanken verfehlt - gebraucht. Ferner ist nicht klar, welche Wirkung die Berücksichtigung des Merkmals "personnah" in der Verwaltungsorganisation letztlich auf die Stellung des Individuums in der Systemumwelt haben soll. Der grundsätzliche Geltungsanspruch des Subsidiaritätsprinzips widerspricht der Vielfalt der Aufgabenerfüllung.[466] Zwar ist das Subsidiaritätsprinzip nicht mehr das Ergebnis einer rein systeminternen und damit aussichtslosen Betrachtung. Es verschließt sich jedoch einer funktionalen und damit relativierenden Betrachtung der Verwaltungsstruktur. Es birgt auf diese Weise die Gefahr, daß es Handlungsmotivationen verdeckt, die dem gesamtstaatlichen Zielsystem widerstreiten.

dd) Die Berücksichtigung der Forderung auf Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse

Die Selbstverwaltung bewirkt eine Aufrechterhaltung der Differenzierung der Lebensverhältnisse. Zwar führt jede Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen des Menschen durch eine organisierte Verwaltung zu einer Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse, da nicht jede Verwaltungsleistung vom Begünstigten mit einer seinem Nutzen entsprechenden Gegenleistung abgegolten werden kann. Außerdem sprechen humanitäre Gründe dafür, in bestimmten Bereichen wie dem Gesundheits-, Fürsorge- und Bildungswesen dem einzelnen Bürger eine Sicherstellung des bloßen Lebensbedarfs zu gewähren. Der Ausgleich kann jedoch immer nur für das von der Verwaltung erfaßte Gebiet erfolgen. Dies führt bei den Gemeinden dazu, daß auf Grund der unterschiedlichen Umweltbedingungen, Lebensverhältnisse

---

[466] So kann die "personnahe" Verwaltung in kleinen Gemeinden bekanntermaßen zu Vetternwirtschaft und Ungerechtigkeit führen.

und wirtschaftlichen Strukturen das Steueraufkommen der Gemeinden verschieden ist und dadurch ein Leistungsgefälle zwischen den Gemeinden in der Daseinsvorsorge zustande kommt.
Der einzelne Mensch ist so stark von der öffentlichen Daseinsvorsorge abhängig, daß bei einer schlechten Versorgung seine Lebensgestaltung wesentlich eingeschränkt wird. Daher steht heute nicht nur das Organisationsproblem der politischen Selbstbestimmung, sondern auch die Teilhabe an gleichmäßiger öffentlicher Vorsorge und sozialer Sicherung der Lebensverhältnisse durch den Staat im Vordergrund einer Zuständigkeitsabgrenzung.

Der durch die Freizügigkeit und die besseren Kommunikationsmöglichkeiten hervorgerufenen Gefahr einer Fluktuation der Bevölkerung in die schon von Natur aus begünstigten Gebiete des Staates muß durch eine Angleichung der Lebensverhältnisse begegnet werden. Es hat sich daher allgemein durchgesetzt, daß die kommunalen Verwaltungsleitungen den gleichen Leistungsstand haben sollten[466a]. Dies kann nur erreicht werden durch ein Staatshilfesystem, das zu einer Aushöhlung der Selbstverwaltung führen kann[467] oder durch Verlagerung der Aufgaben auf eine ein größeres Gebiet umfassende Verwaltungsorganisation.[468]
Die Herstellung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse ist ein Problem der überörtlichen staatlichen Gemeinschaft, das von der gesamten Staatsverwaltung gelöst werden muß. Auch bei dem Vorhandensein einer besonderen örtlichen Problemlage, die materiell ein Selbstverwaltungsrecht nach sich ziehen würde, muß

---

467 Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung, 1960, S. 89

468 Wagener, Aufbau, S. 57.

466a Vgl. ausdrücklich Art. 106 Abs 3 Ziff. 2 GG zur Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse.

die örtliche Gemeinschaft auf eine eigenverantwortliche Regelung verzichten, wenn dadurch ein untragbares Gefälle der Lebensverhältnisse bzw. Standorte hervorgerufen wird.

ee) Zwischenergebnis

Zusammenfassend wäre zu sagen, daß das Selbstverwaltungsrecht - hier zunächst formuliert als Recht aus besonderer Betroffenheit - ebenso wie die Grundrechte, jeweils auf ihre Weise, die Funktion haben "eine Entdifferenzierung und Simplifizierung" unserer Sozialordnung zu verhindern.[469] Die Grundrechte differenzieren zwischen Verwaltung und Bürger, das Selbstverwaltungsrecht berücksichtigt in der verwaltungsinternen Organisation die Differenzierung zwischen dem Individuum bzw. der Gruppe und der Gemeinschaft.

c) Die besondere Problemlage der Umwelt und die Verwaltungsstruktur

Durch die Berücksichtigung der Interessen dieser Gruppen bei der Gesetzgebung und, wenn möglich, durch die Verwaltungsstruktur - durch spezielle Verwaltungskörper - können sie kontrollierbar ausgeglichen werden.
Grundlage für eine Abgrenzung und Legitimierung einer Selbstverwaltungskörperschaft ist eine unterschiedliche und örtlich abgrenzbare besondere Problemlage einer Personengruppe. Diese besondere Problemlage verlangt zur kontrollierbaren und gerechten Problemlösung von der mit der Problemlösung betrauten Verwaltung, daß diese "Umweltproblemlage" in eine verwaltungssysteminterne Problemstruktur umgesetzt wird.

---

[469] Luhmann, Grundrechte, S. 186 ff., 187, zu den Grundrechten.

Die einzelnen Interessen werden intern auf Rollen verteilt, die nach allgemeinen Gesetzen, Verwaltungsgesetzen, Verwaltungsanordnungen, Dienstanweisungen, Befehlen kontrollierbar nach generalisierenden Oberzielen wie "Gemeinwohl" ausgeglichen werden. Je härter die Umweltinteressen aufeinander-prallen, also auch die besonderen Interessen einer örtlichen Gruppe mit den Interessen der Gesamtgesellschaft, desto mehr muß die verwaltungsinterne Rollenabgrenzung normativ institutionalisiert sein, um eine Identifizierung des Verwaltungskörpers mit den von ihm vertretenen Interessen zu ermöglichen. Erst dadurch wird eine rationale Verwaltung, d.h. eine kontrollierbare und voraussehbare Lösung der Umweltprobleme nach den Leitzielen der Staatsverfassung erreichbar.[470]

Da die Gegensätze zwischen den Interessen der Gesellschaft und den Individualinteressen einer örtlichen Gemeinschaft immer bestehen werden - es sei denn, man vertritt die utopische Ansicht, daß das gesellschaftsbewußt erzogene Individuum spannungslos in die Gesellschaft integriert werden kann -, wird es auch in einem komplizierten Verwaltungsapparat immer Spannungen geben. Die Problemlage der örtlichen Gemeinschaft muß in der Verwaltungsstruktur berücksichtigt werden.

---

[470] Vgl. Parssons, Some Highlights of the General Theory of Action, S. 163 (Übersetzung); Luhmann, Theorie, S. 93, 96; vgl. zur funktionalen Autonomie des Teilsystems und den Spannungen im Gesamtsystem: Gouldner, Reziprozität und Autonomie in der funktionalen Theorie, S. 300; vgl. auch die gedanklichen Ansätze bei Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR 1932, S. 91.

d) Die besondere Problemlage der örtlichen Gemeinschaft

Ein starkes Interesse hat die örtliche Gruppe an der Erfüllung gesellschaftlicher Funktionen. Zu den Grunddaseinsfunktionen des Menschen sind Wohnen, Gemeinschaft, Versorgung, Bildung, Arbeit, Erholung und Verkehr zu rechnen. Die Funktionserfüllung stellt jede örtlich zusammensiedelnde Gruppe vor gleichartige Probleme, die oft durch Umweltstrukturen - Klima, Boden usw. - bestimmt sind. Eine Vielzahl der gesellschaftlichen Funktionen werden wirksamer und rationeller erfüllt, wenn sie als solche erkannt, als Aufgabe formuliert und zum Gegenstand eines besonderen Einsatzes von Handlungen gemacht werden. Die Institutionalisierung erfolgt privat - z.B. durch Versicherungen, Verbände der freien Wohlfahrtspflege -, im Regelfall aber durch die öffentliche Verwaltung - z.B. durch die Schulverwaltung, Kulturpflege, Sozialpolitik, das Bauwesen und Planungswesen. Erst durch die institutionalisierte Funktionserfüllung[471] wird das Verwaltungshandeln für die örtliche Gemeinschaft als Leistung an die Umwelt bedeutsam.[472]

aa) Die örtliche Gemeinschaft als Gemeinschaft gemeinsamer Funktionserfüllung

Die Diskussion über die Selbstverwaltung wird oft deshalb von unsachlichen Argumenten beherrscht, weil die örtlich zusammensiedelnde Gemeinschaft und die Gemeinschaft gemeinsamer Funktionserfüllung als eine identische angesehen werden. Zwar schafft eine gemeinsame Funktionserfüllung - z.B. die Schule - Interaktions- und Integrationsfaktoren. Gerade in der Großstadt zeigt sich jedoch,

[471] Die auch latent bedingte, d.h. ungezielt miterfüllte Funktionen umfaßt; vgl. Luhmann, Grundrechte, S. 18 Fußnote 9.

[472] König, Die Gemeinde, S. 51, klammert diese Beziehungen zwischen der Gemeindeverwaltung und der örtlichen Gemeinschaft aus seinen Betrachtungen aus.

daß auch ohne gemeinsame Funktionserfüllung (wenn z.B. die Schule oder der Arbeitsplatz im anderen Stadtteil liegen) sich eine - etwa auf den Straßenzug - beschränkte, nur aus dem Zusammensiedeln entstandene Interaktion und Integration aufbaut. Nur die Gemeinschaft mit gemeinsamer Funktionserfüllung kann für die Struktur der Verwaltung bedeutsam sein.

bb) Die historische Funktionserfüllung

Historisch gesehen fielen in Deutschland Siedlungsgemeinschaft und Gemeinschaft mit gemeinsamer Funktionserfüllung bis hinein in den Beginn des Zeitalters der Industrialisierung zusammen, für die dörfliche Gemeinschaft sogar bis zum ersten Weltkrieg. Die örtliche Gemeinschaft konnte ihre wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse relativ unabhängig innerhalb des Gemeindegebietes regeln. Sie war teil- oder ganz selbstversorgend.[473] Die aus den Grunddaseinsfunktionen entspringenden öffentlichen Aufgaben konnten somit innerhalb des Gemeindegebietes erfüllt werden.[474] Verwaltungsaufgaben und Aufgabenzuständigkeit innerhalb des Gemeindegebietes deckten sich. Die Grunddaseinsfunktionen vollzogen sich in der Regel an einem Ort, der Wohngemeinde. Diese lokale Einheit ist durch die soziale Entwicklung gesprengt worden.

---

[473] Isbary, Standorte, S. 32 ff., 33.

[474] Dabei ist nicht zu vergessen, daß sich die damaligen Verwaltungsaufgaben in erster Linie auf die ordnende Verwaltung beschränkten.

cc) Die gesellschaftliche Verflechtung

Die Technisierung, aber auch politische und geistige Bewegungen erschütterten die überkommenden Lebensstrukturen. Arbeitsteilung, Kommunikation, Verkehrsmöglichkeiten und Freizügigkeit, Berufs- und Gewerbefreiheit machen den Einzelnen immer mehr von einem angestammten Arbeitsplatz unabhängig. Die Grunddaseinsfunktionen werden im Ausgleich von Angebot und Nachfrage ortsverschieden erfüllt.[475] Die Funktionserfüllung für Arbeiten, Erholen, Versorgung usw. haben sich vielfach aus dem örtlichen Wohnbereich in angrenzende Gemeinden verlagert, während die für eine gemeinsame Problemlösung - z.B. Verkehr - institutionalisierte Gemeindeverwaltung weiterhin nur innerhalb der historischen Grenzen zuständig ist. So ergeben empirische Untersuchungen, daß ca. 30 % Einpendler[476] in eine Großstadt nicht ungewöhnlich sind. Der überragende Einfluß des Standortes für die Industrie führte und führt ständig wieder zu einem Umverteilungsprozeß[477] der Bevölkerung und des Gewerbes, der Verdichtungsgebiete bildet. Eingeengt von den älteren Siedlungs-, Administrativ-, Finanz- und Besitzstrukturen entstanden Verdichtungsgebiete und Zentralisationskerne in abgestufter Ordnung.[478] Es wurden nicht nur die gesellschaftlichen Lebensbedingungen vieler Bewohner verändert durch zersplitterte Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen, sondern es entstand eine neue Siedlungsstruktur.[479]

Das Bemerkenswerte an ihr ist nicht so sehr die Verdichtung, sondern die funktionale Aufgliederung der

---

475 Vgl. dazu Isbary, Standorte, S. 34.

476 z.B. Hillebrecht, Die Stadtregion, S. 29 ff., 32.

477 Isbary, Standorte, S. 35 ff., nennt dies "Kontraktion" und zählt drei historische Kontraktionswellen.

478 Isbary, Standorte, S. 37.

479 Die Siedlungsbildung erfolgte nicht nur durch schalenförmige Erweiterung der alten Kerne, sondern entlang der neuen Verkehrsbänder wuchsen Verdichtungsbänder.

Besiedlung nach vorrangigen Funktionen, vor allem in Wohnbereich, Arbeitsbereich, Versorgungsbereich und Erholungsbereich. So werden heute nur noch von wenigen Siedlungen sämtliche Daseinsfunktionen erfüllt. Auf Grund guter Verkehrsverbindungen kann man auf einen Arbeitsplatz oder eine Sportanlage im örtlichen Bereich verzichten. Die arbeitsteilige standortbezogene Wirtschaft gewährt und fordert entfernungsverkürzenden, produktivitäts- und versorgungssteigernden Verbund des gesellschaftlichen Daseins.[480] Das Herausstellen des Pendlerwesens im Berufsverkehr ist deshalb nur eine einseitige Betrachtung.[481] Man muß ebenfalls die Pendler zum Kultur-, Sport-, Versorgungs- oder Erholungszentrum erfassen. Die funktionsmäßige Aufgliederung der Besiedlung, hervorgerufen durch unterschiedliche Standortkriterien[482], ist in Gebieten mit sehr dichter Besiedlung am weitesten fortgeschritten.

Die funktionale Trennung auf lokaler Ebene wird leichter auf regionaler Ebene kompensiert.[483] Die bevölkerungsmäßige Verdichtung durch funktional gegliederte Besiedlung hat sich über die überkommenen Siedlungs- und Verwaltungsstrukturen geschoben, sich sogar gegen die alten Strukturen entwickelt.

dd) Die Wiederherstellung des einheitlichen Lebensraumes

Versuche, gegen die funktionale Verdichtung anzugehen, um die alte räumliche Lebenseinheit wiederherzustellen, etwa durch Vereinigung der verschiedenen raumbeanspruchenden Daseinsfunktionen auf der Gemarkung einer

480 Isbary, Zentrale Orte, S. 14

481 So wie bei Thieme, Bund, Länder und Gemeinden, AfK 1963, S. 185 ff., 193.

482 Vgl. zur Standortwahl nicht landwirtschaftlicher Betriebe im ländlichen Raum die empirischen Untersuchungen von Jochimsen/Treuner, Zentrale Orte in ländlichen Räumen, 1967, S. 22 ff.

483 Isbary, Standorte, S. 37.

einzigen Gemeinde, müssen fehlschlagen.[484]
Die moderne Gesellschaftsstruktur ermöglicht eine räumliche Anpassung der Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen an das Angebot. Standortfragen bestimmen nicht nur die Niederlassung eines Gewerbebetriebes, sondern z.B. auch die Wahl eines Erholungsgebietes für den Großstadteinwohner. Für die meisten Funktionen wie die Standortfrage der Gewerbebetriebe sind nicht mehr so stark die natürlichen Standortbedingungen entscheidend, sondern die von der Verwaltung beeinflußten künstlichen Strukturen.[485] Zwar ist eine Beeinflussung der Standortwahl durch die Verwaltung z.B. durch Subventionen - von Wohnungen, Industriegelände, Erholungsgebieten usw. - möglich und entsprechend den Zielen einer wachstumsgerechten Landesentwicklung auch notwendig.[486] Es ist jedoch nur möglich, die Entwicklung der funktionalen Aufgliederung durch gezielte schwerpunktmäßige Verbesserung der Infrastruktur zu steuern. Es ist gesamtwirtschaftlich kaum vertretbar und aussichtslos, das Rad der Geschichte durch Wiederherstellung des einheitlichen Lebensraumes zurückzudrehen - etwa dadurch, daß in jeder kleinen Gemeinde die Industrieansiedlung gefördert wird.

e) Gesellschaftliche Verflechtung und Selbstverwaltungsgedanke

Aus der Entwicklung zur modernen Funktionsgesellschaft[487] ergibt sich eine besondere Problematik für die kommunale

[484] Isbary, Zentrale Orte, S. 14.

[485] Aus der empirischen Untersuchung von Jochimsen/Treuner, Zentrale Orte in ländlichen Räumen, S. 34 ff., ergab sich als Rangfolge der wichtigsten Ansiedlungsgründe: Suche nach Arbeitsplätzen, vorhandene oder beziehbare Produktionsstätten, erschlossenes und/oder billiges Industriegelände.

[486] Marx, Landesentwicklung, 1968, S. 78.

[487] Vgl. dazu Partzsch, Zum Begriff der Funktionsgesellschaft, 1964, S. 3 ff., und Partzsch, Funktionsgesellschaft, Hdwb. der Raumforschung und Raumordnung,

Allzuständigkeit.

Es ist zu fragen, ob das Auseinanderklaffen von örtlicher Gemeinschaft und Gemeinschaft der Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen auf die Zuständigkeit der Gemeindeverwaltung Auswirkungen hat.

Wie schon oben dargelegt, wird die örtliche Gemeinschaft durch Integration auf Grund verschiedener Integrationsfaktoren (im soziologischen Sinne) geprägt. Das Grundgesetz will nicht die örtliche Gemeinschaft als "Grundform der Gesellschaft" garantieren[488], als integrierte zusammensiedelnde Gruppe, sondern es gewährleistet in Art. 28 II S. 1 GG i.V. mit Art. 28 II S. 2 GG den politischen Gemeinden - nicht der örtlichen Gemeinschaft, da sonst der Unterschied Gemeinde/örtliche Gemeinschaft sinnlos wäre - das Selbstverwaltungsrecht als Recht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft... zu regeln".

Wer wie einst Forsthoff[489] heutzutage noch die Entleerung des Bürgerbegriffs in der Stadt und das Eindringen der Parteien in die kommunale Wirklichkeit beklagt[490], sollte sich zunächst am Wortlaut des Art. 28 II GG orientieren.

Das Grundgesetz stellt in erster Linie auf die Gruppe mit gemeinsamer Erfüllung ihrer Grunddaseinsfunktionen ab. Erst die gemeinsame Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen

---

- S. 159 Fortsetzung -
1966, S. 516 ff., der jedoch zu sehr auf den Gegensatz von Industrie- und Funktionsgesellschaft statt auf die grundsätzliche Einordnung des Individuums in die Gemeinschaft abstellt.

[488] So aber Köttgen, Kommunale Wirtschaftsförderung S. 31 unter Bezugnahme auf König, Die Gemeinde, S. 7.

[489] Die Krise der Gemeindeverwaltung, 1932, S. 61.

[490] So Thieme, Bund, Länder und Gemeinden, AfK 1963, S.191.

für die örtliche Gemeinschaft gibt das Recht auf Selbstverwaltung für die politische Gemeinde.

Erkennt man einen gemeinsamen, überindividuellen Zweck als verdichtendes Element einer Gruppe benachbarter Menschen zur Bildung von Gemeinschaften an[491], so liegt dieser Zweck im kommunalen Bereich in der Versorgung mit Leistungen und Gütern nach den jeweiligen sozioökonomischen Bedürfnissen der Einwohner. Werden die einzelnen Leistungen nicht in einer Gemeinde, sondern in mehreren erbracht, so ist das sich einstellende Desinteresse des Bürgers für seine Gemeinde nur ein Indiz für die daraus resultierende mangelnde Interaktion und Integration.[492] Ebenso ist die von einigen Gemeindeordnungen (z.B. § 5 nwGO) postulierte örtliche Verbundenheit der Einwohner nur ein Indiz für vorhandene Interaktion und Integration.

Weit wichtiger ist die Frage, ob bei funktional differenzierter Siedlungsstruktur - z.B. Wohngemeinde, Arbeitsgemeinde - oder anders ausgedrückt, räumlich getrennter Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen die Zuständigkeit einer Gemeindeverwaltung gemäß Art. 28 II GG überhaupt noch als Regelung aller Angelegenheiten der "örtlichen Gemeinschaft" umschrieben werden kann.

f) Das Territorialprinzip

Nach der gängigen Auslegung von Art. 28 II GG ist die Gemeindeverwaltung für die Wahrnehmung von Aufgaben innerhalb des Gemeindegebietes zuständig. Dieser Auffassung liegt das Territorialprinzip zugrunde.

---

[491] M. Kröll, Gesellschaft und Staat, 1961, S. 25 ff., zitiert nach v. Unruh, Spannungen, S. 465.

[492] Dies übersieht Köttgen, Kommunale Wirtschaftsförderung, S. 31.

Bis zum Beginn der Neuzeit sah man das Eigentum als einzigen Rechtstitel für eine raumbezogene Herrschaft an.[493] Ursprünglich war die Gemeinde mit der Gemeinschaft derjenigen identisch, denen das ungeteilte Land (Allmende) der Gemeinde gehörte. Nur diese Bürger hatten volle Rechte. Das Wort Gemeinde hatte zunächst unmittelbare Beziehung zum Gemeindegrund und wurde später auf andere Formen des gemeinsamen Lebens übertragen.[494] Auch die Staatslehre ging zum Teil von diesem Gedanken aus.

Neben anderen Lehren von der Rechtfertigung des Staates hat die Patrimonialtheorie in Deutschland historische Bedeutung. Im Feudalismus wurde die Landeshoheit weitgehend als Zubehör der Grundherrschaft betrachtet. Der König war Obereigentümer des Grundeigentums, Grundeigentum die Fundierung des Staates.[495]

Direkte rechtliche Herrschaft über eine Sache, die sich in physischen Einwirkungen auf diese äußert, ist zwar das Eigentum[496], von diesem "Dominium" zu trennen ist "Imperium", die öffentlichrechtliche Herrschaft über den Staat. Imperium ist Befehlsgewalt. Der Staat kann seine Gewalt nur über die Menschen durch seine Befehlsgewalt in einem Gebiet ausüben. Das Gebiet ist nur räumliche Grundlage seiner Herrschaftsentfaltung.[497] Eine von den Personen losgelöste Gebietsherrschaft des Staates, also ein Verhältnis sachenrechtlichen Charakters, ist nach der neueren Staatsrechtslehre[498] nicht möglich. Das Selbstverwaltungsrecht entspringt nicht dem Territorium.

---

493 Wolff, VwR. § 72 III.

494 König, Die Gemeinde, S. 19.

495 Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1960, 3. Aufl., S. 199.

496 Georg Jellinek, a.a.O., S. 398.

497 So auch Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, S. 25, im Anschluß an Georg Jellinek.

498 G. Meyer, Staatsrecht, § 74; Preuß, Gemeinde, S. 262 ff., weitere Literatur vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 404; vgl. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 820 ff.; Hans Kelsen, Allg. Staatslehre, 1925, S. 144.

Es wird als Verwaltungszuständigkeit von der Verfassung gewährt.
Es bleibt daher immer zu prüfen, ob der Personenkreis, der durch Anwendung des Territorialprinzips durch das politische Gemeindegebiet gekennzeichnet wird, auch mit dem Personenkreis identisch ist, dem materiell gemäß Art. 28 II GG das Selbstverwaltungsrecht zustehen soll.

Wenn die Grunddaseinsfunktionen einer örtlichen Gemeinschaft in der politischen Nachbargemeinde erfüllt werden, so hat die eigene politische Gemeinde keine Einwirkungsmöglichkeit, während andererseits die Nachbargemeinde für die Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen eines Bevölkerungsteils zuständig ist, der nicht im eigenen Gemeindegebiet wohnt. Diese Auslegung erfolgt, obwohl der Wortlaut des Art. 28 II GG lautet: "Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft... zu regeln" und nicht "alle örtlichen Angelegenheiten der Gemeindebewohner". Die Auslegung nach dem Territorial- oder Regionalprinzip war zur Zeit der Einheit von örtlicher Gemeinschaft und Ort der Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen nicht fehlerhaft, führt jedoch heutzutage zu untragbaren Ergebnissen. Wenn z.B. 80 % der werktätigen Bevölkerung einer Wohngemeinde in einer Ballungsrandzone die Erfüllung ihrer Daseinsfunktionen Arbeit, Verkehr, Versorgung usw. in der benachbarten Gemeinde finden, so hat die Wohngemeinde keine verwaltungsmäßige Steuerungsmöglichkeit.
Hier ist es schon sehr fraglich, ob es richtig ist, daß das demokratische Mitwirkungsrecht im Rahmen der Selbstverwaltung an den Wohnort anknüpft. Der Selbstverwaltungsgrundsatz verlangt in diesem Fall weit mehr eine Mitbestimmungsmöglichkeit an der Verwaltung der Grunddaseins-

funktionen in der Nachbargemeinde.[499] Ein Großteil dieser Einwohner ist sonst bezüglich dieser Funktionserfüllung, also ihren wichtigsten Lebensinteressen, politisch nicht repräsentiert.[500]

Diese Entwicklung - die sich anbahnende Trennung der Funktionen Arbeiten und Wohnen - gilt nicht nur für kleine Gemeinden und Gemeinden in Ballungsrandgebieten, sondern, durch die funktionale Struktur bedingt, für alle Gemeinden. Es handelt sich immer nur um verschiedene Funktionen, die aus dem Gemeindebereich herausfallen, in den Großstädten zum Teil um die Funktionen Erholung und Wohnen.

Da die politische Gemeinde innerhalb des demokratischen Staates für eine lokale Verwaltung nur deshalb die Legitimation erhält, weil sie die Grunddaseinsfunktionen der örtlichen Gemeinschaft verwaltet, bewirkt das räumliche Auseinanderfallen der Funktionserfüllung eine echte Krise der verfassungsrechtlichen Konzeption.

Dabei handelt es sich nicht um eine Krise der Gemeindeverwaltung, wie sie Forsthoff[501] und andere in den 30er Jahren beschworen haben, nämlich, daß die gemeindliche Selbstverwaltung zur Lösung der wesentlichen Probleme des Staates nichts mehr beitragen könne. Die im gemeindlichen Bereich liegenden Probleme sind mehr denn je vorhanden. Es handelt sich vielmehr um eine Organisationsschwierigkeit. Das Problem heißt optimale territoriale und funktionale Ordnung der Zuständigkeiten. Die Zuständigkeitsregelung des Art. 28 II GG ist dabei nicht mehr brauchbar. Wohl

---

[499] Thieme spricht in Selbstverwaltungsgarantie und Gemeindegröße, DVBl. 1966, S. 325 ff., 328, etwas mißverständlich davon, daß sich die örtliche Gemeinschaft vergrößert habe.

[500] Empirische Nachweise bringt dazu Hillebrecht, Die Stadtregion, 1962, S. 29 ff.

[501] Forsthoff, a.a.O., S. 70.

läßt sich "Ort" und "Gemeinschaft" auch im herkömmlichen Sinn weiter eindeutig definieren.[502] Die Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen ist jedoch weitgehend über das Gemeindegebiet hinausgewachsen. Sie ist damit jedoch immer noch eine Angelegenheit, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzelt oder auf sie Bezug hat. Man kann die Verlagerung nicht als "Wanderungsprozeß auf eine überörtliche Ebene" deklarieren und die Gemeindeverwaltung für unzuständig erklären.[503]
Diese Entwicklung ist in Art. 28 II GG nicht vorausgesehen worden. Man hält es für selbstverständlich, daß die Gemeinde nur innerhalb ihres Territoriums tätig wird[504], abgesehen von den Fällen überörtlicher kommunaler Zusammenarbeit.

g) Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz

Daß der Gemeinde auch außerhalb des Gemeindegebietes Aufgaben erwachsen, geht schon aus den vielen Bemühungen hervor, durch Zweckverbände oder zwischengemeindliche Verträge dieser Aufgabe Herr zu werden.
Zahlreiche Verwaltungsaufgaben der Gemeinden können nicht auf ihrem Gebiet erledigt werden. So können Erholungseinrichtungen der Schule usw. häufig nur in landschaftlich oder klimatisch günstigen Gebieten außerhalb des Gemeindegebietes errichtet und unterhalten werden. Gleiches gilt bei dichter Besiedlung auch für Kläranlagen, Abfallbeseitigungsanlagen, Tierkörperbeseitigungsanstalten, Krankenhäuser usw. Für Umlandkreise ist es oft wegen der zentralörtlichen

---

[502] a.A.: v. Unruh, Spannungen, S. 465, und Partsch, Festgabe für Bilfinger, S. 301 ff., der zu dem Ergebnis kommt, daß "örtliche" und "überörtliche Angelegenheiten" als verwaltungspolitische Entscheidung nicht objektiv bestimmbar ist.

[503] So die h.M.; vgl. Stern, BK Art. 28 Rdnr. 86, 87.

[504] So ausdrücklich das OVG Münster (Urteil v. 20.10.65), DVBl. 1966, 342 ff., 344.

Lage der kreisfreien Stadt notwendig, Kreiseinrichtungen auf dem Gebiet der Stadt zu unterhalten. Insbesondere können finanzielle Beteiligungen oder Spenden an Unternehmungen und Institutionen privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Art weit über das Gemeindegebiet hinausreichen.[505] Allein die Formulierung des Grundgesetzes "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" bezeichnet gegenüber der Formulierung "alle örtlichen Angelegenheiten" korrekt die gemeindliche Zuständigkeit, da durch den Selbstverwaltungsgrundsatz die Gemeindeverwaltung materiell für Angelegenheiten legitimiert wird, die ein besonderes Interesse und eine spezielle Problemlage für die örtliche Gemeinschaft bilden und die örtlich verwaltet werden können, der Selbstverwaltungsgrundsatz n i c h t jedoch eine allgemeine territoriale Zuordnung fordert. Die Selbstverwaltung erfordert gegenüber dem Staat, Land, Kreis usw. eine sachliche Zuständigkeitsabgrenzung, die wie oben (Stichwort: Grunddaseinsfunktionen) gekennzeichnet werden muß. Mit dem rein territorialen Selbstverwaltungsgrundsatz, wie ihn die Gemeindeordnungen mit "örtliche Angelegenheiten" formulieren, wird die dem Selbstverwaltungsgrundsatz zugrunde liegende b e s o n d e r e P r o b l e m b e z o g e n h e i t auf die Interessen einer örtlichen Gemeinschaft - und nicht des Gebietes! - verwischt. Es ist daher im obigen Sinne von einem materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz auszugehen, auch wenn die zunächst materiell festgelegte Aufgabenzuständigkeit später durch ein fest abgegrenztes Gebiet wieder teilweise technisch begrenzt werden muß.

h) Das Territorialprinzip und der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz

Eine simple Maßstabsvergrößerung der Verwaltungseinheiten z.B. durch Gemeindezusammenlegung kann das durch eine

---

505 Wagener, Anmerkung zu OVG Münster E vom 20.10.65, in DVBl. 1966, S. 342 ff., 345.

funktional aufgegliederte Siedlungsstruktur geschaffene Problem der räumlichen Auffächerung der Grunddaseinsfunktionen allein nicht lösen.

Wenn man von dem von Art. 28 II GG, den Gemeindegesetzen und der Literatur als selbstverständlich vorausgesetzten Regionalprinzip der gemeindlichen Zuständigkeit abrückt und dem Wortlaut des Art. 28 II GG, aber auch dem durch interkommunale Vereinbarungen dokumentierten Weg der Praxis folgt, muß man die Zuständigkeit der Gemeinde auch für das außerhalb der Gemeinde liegende Gebiet anderer Gemeinden gelten lassen, allein eingegrenzt von der sachlichen Einschränkung, daß es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt.

Diese sachliche Zuständigkeitsabgrenzung nach der Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen der örtlichen Gemeinschaft wäre zwar durch den Selbstverwaltungsgrundsatz legitimiert, würde jedoch zu einem heillosen Durcheinander führen. Das Territorialprinzip ist das einzig klare und für jedermann erkennbare Zuordnungsmerkmal für ein öffentliches Verwaltungshandeln. Zudem ist der Aufenthalt in einem Gebiet das indifferenteste und unpersönlichste Merkmal, das eine Heranziehung der Gemeindebewohner ohne Ansehen der Person ermöglicht.[506] Das Territorialprinzip darf deshalb nur durch wenige Ausnahmen sachlicher Zuordnung durchbrochen werden. Dies ist letztlich das Problem interkommunaler Vereinbarungen. Die Forderung, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft müßten von der Gemeindeverwaltung eigenverantwortlich erledigt werden, ist technisch undurchführbar. Die daraus abgeleitete Deklarierung der

---

[506] Vgl. dazu die Gedanken Krügers, a.a.O., S. 861, zum Territorialitätsprinzip im Gesamtstaat.

gemeinsamen Erfüllung einer örtlichen Aufgabe als überörtliche Aufgabe verstößt gegen den Selbstverwaltungsgrundsatz des Art. 28 GG. Selbstverwaltung in einer weitgehend funktional gegliederten Siedlungsstruktur bzw. bei räumlich ausgefächerter Erfüllung der Grunddaseinsfunktionen[507] verlangt die Verwaltung einer möglichst großen Zahl von Grunddaseinsfunktionen der örtlichen Gemeinschaft durch i h r e Gemeindeverwaltung und territoriale Zuständigkeitsabgrenzung der Gemeindeverwaltungen (wobei letzteres ein vom Selbstverwaltungsgrundsatz unabhängiges technisches und rechtsstaatliches Erfordernis ist).
Nach der herkömmlichen rein territorialen Zuständigkeitsabgrenzung ist dieses Ziel nicht zu erreichen.

aa) Interkommunale Verbände und Sondergemeinden

Man könnte jedoch daran denken, einzelne Verwaltungsbereiche aus den Gemeindeverwaltungen herauszulösen und für mehrere Gemeinden z. B. einen einheitlichen Schulverband schaffen, an dessen Verwaltung die örtlichen Gemeinschaften durch Wahl beteiligt sind.[508]
So versucht v. Unruh[509] eine Auslegung des Art. 28 II GG, indem er unter "Ort" ein den zu bewirkenden Leistungen adäquates Gebiet von verschieden großer Ausdehnung versteht, mit mehreren hierauf bezogenen Verwaltungsgemeinden.
Ähnlich gibt es in der Schweiz[509a] vielfach - zum Teil sogar konfessionell getrennte - Schulgemeinden, Ortsgemeinden (die zum Teil den Straßenbau, das Schulwesen usw. übernehmen), Kirchgemeinden, Armengemeinden, die alle nicht deckungsgleich sein müssen mit den politischen Gemeinden und jeweils eigene Steuerzuschläge erheben können.

---

507 Isbary, Zentrale Orte, S. 14 ff., spricht vom gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verbund.

508 Ähnlich auch Bahrdts Vorschlag, in: Die Gemeinde in der Industriegesellschaft, 1962, S. 41.

509 Spannungen, S. 465.

509a Vgl. Goetz in HKWP a.a.O. S. 602.

Spezialverbände zur Erfüllung jeweils einer bestimmten Funktion gibt es in großer Zahl in den USA.[510] Diese districts erstrecken sich in der Regel über mehrere Verwaltungseinheiten (counties, towns) und nehmen z.B. Entwässerungsaufgaben, Krankenhausunterhaltung, Schulverwaltung wahr. Sie haben eine eigene Steuerhoheit und stehen neben den Gebietskörperschaften. Sie gewähren ein geradezu ideales Maß an Selbstverwaltung für die örtliche Gemeinschaft. Durch das Anwachsen der öffentlichen Aufgaben wuchs jedoch auch die Zahl der districts in unübersehbarer Weise. Aus dieser Zersplitterung der Verwaltung ergibt sich eine große Unübersichtlichkeit und Behinderung bei der Schaffung größerer Wirtschaftsräume. Die districts sollen deshalb nach Ansicht eines neueren Verwaltungsgutachtens[511] durch Schaffung von deckungsgleichen Verwaltungseinheiten aufgehoben werden.

Damit zeigte sich folgendes: Durch den Übergang einer sich hauptsächlich in einer Gemeinde abspielenden Lebensweise zum gesellschaftlichen Verbund einer funktional aufgegliederten Siedlungsstruktur wurde in den Vereinigten Staaten die selbstverwaltungsfreundliche, rein funktionale Zuständigkeitsabgrenzung ebenso unbrauchbar wie die deutsche Abgrenzung nach dem Territorialprinzip. In beiden Ländern[512] behilft man sich mit interkommunalen Vereinbarungen. Letztlich kann dieses durch Arbeitsteilung und freie Standortwahl heraufbeschworene Problem

---

[510] Körntgen, Die gemeindliche Selbstverwaltung in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1962, S. 24 ff., spricht von 60 000 Schuldistricts im Jahre 1952; Wagener, Neubau, 1968, S. 324 ff., gibt an, daß 25 000 Schuldistricts 1962 15 Mrd. Dollar ausgaben.

[511] Committee for Economic Development, 1966, zit. nach Wagener, Aufbau, S. 329.

[512] In den amerikanischen Metropolen können besondere Funktionen wie das Verkehrswesen nur noch durch Vereinbarungen gelöst werden; Morstein Marx, Amerikanische Verwaltung, S. 51.

nur durch einen Kompromiß gelöst werden.

bb) Die Selbstverwaltungseinheit

Eine Gemeindeverwaltung genießt nur dann den Schutz des Art. 28 II GG, wenn sie die Angelegenheiten einer örtlichen Gemeinschaft auch in ausreichender Weise regeln kann. Sie muß, um durch den Selbstverwaltungsgrundsatz des Art. 28 II GG legitimiert zu sein, als eigene Verwaltung im demokratischen Staat ein Mindestmaß an Grunddaseinsfunktionen erfüllen. Da Selbstverwaltung nicht gleichzusetzen ist mit Konservierung historischer Verwaltungseinheiten, muß die Verwaltungseinheit Gemeinde - also insbesondere die kleine Gemeinde - ein Gebiet umfassen, in dem die wesentlichen Grunddaseinsfunktionen einer örtlichen Gemeinschaft erfüllt werden. Dazu gehört im öffentlichen Bereich ein modernes Schulwesen, eine einwandfreie Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung und insbesondere eine wirksame Bauleitplanung.[513] Eine Gemeindeverwaltung, die z.B. für wenig mehr als 500 Einwohner die örtlichen Straßen und Wege, die Feuerwehr, den Löschteich, einen einfachen Spiel- und Sportplatz, die Ausgestaltung von Grünanlagen, Kinderspielplätzen, Friedhöfen und Denkmälern verwaltet, kann auch als Untergrenze nicht von Art. 28 II GG legitimiert werden.[514]

---

[513] Vgl. z.B. das Sachverständigengutachten NW (Die Neugliederung der Gemeinden in den ländlichen Zonen), S. 19 zu der Mindesteinrichtung der Mittelpunktgemeinden; vgl. das allgemein anerkannte Modell der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Zentrale Orte, 1965.

[514] So aber das Sachverständigengutachten Schleswig-Holstein 1968, S. 202. Es scheint sich dabei um eine Fehlinterpretation des Selbstverwaltungsgrundsatzes zu handeln, insbesondere da nach der von den Verfassern vorgeschlagenen Ämterverfassung bei mangelnder Leistungskraft der Gemeinde Selbstverwaltungsangelegenheiten auf das Amt übertragen werden können (a.a.O., S. 205). Dadurch ist ein automatischer Aushöhlungseffekt in die vorgeschlagene Neuordnung eingebaut (a.a.O., S. 202), der - vergleichbar den englischen parishes - die kleinen Gemeinden zur Bedeutungslosigkeit herabsinken lassen wird und auf lange Sicht die Ämter zur untersten Verwaltungs-

Nur wenn es möglich ist, trotz des immer mehr fortschreitenden gesellschaftlichen Verbunds die besondere Problemlage der Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen für eine bestimmte Gruppe auch als verwaltungsmäßig örtlich bestimmbare gemeinsame Funktionserfüllung in der gesamtgesellschaftlichen Verflechtung sichtbar zu machen, kann für diese Gruppe für das Gebiet gemeinsamer Funktionserfüllung ein Selbstverwaltungsrecht bestehen. In Gebieten mit nicht mehr differenzierbarer gesellschaftlicher Verflechtung - wie in den Metropolen - wird eine Untergliederung der Verwaltung durch den Selbstverwaltungsgrundsatz nicht legitimiert.
Damit ist festgestellt, daß eine Selbstverwaltungseinheit nicht von der Einwohnerzahl abhängt, sondern von der Siedlungsstruktur und dem Grad der gesellschaftlichen Verflechtung.
Selbstverwaltung als besondere Form der verwaltungsinternen Rollenstruktur ist ohne die spezifisch sie erfordernde Umweltkomplexität sinnlos.
Diese Problemlage der Umwelt als besondere Spannungs- und Reibungszentren (deshalb materielle Selbstverwaltung!) kann nicht durch romantische Selbstverwaltungsvorstellungen ersetzt werden. Der Selbstverwaltungsgrundsatz ist vielmehr durch seine Bezogenheit auf diese typische besondere Problemstruktur der Umwelt auch für die Verwaltungspraxis quantifizierbar.
Die historische kleine deutsche Gemeinde ist durch Wandlung der Siedlungsstruktur, gesellschaftlichen Verbund und die geringe eigene Leistungskraft aus der Selbstverwaltungsgarantie herausgefallen.

- S. 171 Fortsetzung-
einheit macht. Es ist jedoch fraglich, ob diese politisch leichter durchsetzbare Neuordnung mit Art. 28 II GG zu vereinbaren ist. Gemäß Art. 28 II GG sind die Gemeinden nicht nur formell, sondern auch materiell die untersten Verwaltungseinheiten; vgl. dazu das Alternativgutachten von E. Stein am selben Ort, der Deckungsgleichheit von unterster Verwaltungseinheit und Versorgungsnahbereich fordert.

Die Selbstverwaltung ist nur legitimiert, wenn die untersten Selbstverwaltungseinheiten Gebiete mit örtlich abgrenzbaren besonderen Problemlagen umfassen.

cc) Der funktionalverbundene Kleinlebensraum

Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung kann daher nur für eine örtliche Gemeinschaft gewährt werden, die durch die gemeinsame verwaltungsmäßige Erfüllung der überwiegenden Grunddaseinsfunktionen einen funktionalverbundenen Kleinlebensraum darstellt.[515] Man kann nach Gesichtspunkten der Raumordnung ein Verwaltungszentrum genauso wie ein Einkaufs- oder Dienstleistungszentrum beurteilen und deshalb für jeden Versorgungsnahbereich nur ein Verwaltungszentrum fordern. Die wirtschaftliche Mindestgröße für den funktional verbundenen Kleinlebensraum, also den Nahversorgungsbereich, ist auch die Mindestgröße für eine praktikable Selbstverwaltung. Erst durch den Nahversorgungsbereich als theoretische Mindestgröße einer gebietsmäßigen Versorgungseinheit wird eine Selbstverwaltung legitimiert. Die Mindesteinheit für eine Selbstverwaltung ist damit auch weitgehend anzulehnen an die von den neueren Untersuchungen festgestellten Schwellenwerte für eine wirtschaftliche Verwaltung, die 8 - 10 000 Einwohner ansetzen.[516]

Eine gewisse Vorsicht ist jedoch angebracht bei Modellen von Versorgungsnahbereichen, die allzu großzügig den privaten Bereich der Erfüllung von Daseinsfunktionen verplanen. Die Gemeinde hat zwar ihren örtlichen Anteil an

---

[515] Isbary, Zentrale Orte, S. 34, läßt bei der Quantifizierung dieser funktional verbundenen Lebensräume die Verwaltung zunächst außer acht. Auch für Jochimsen/Treuner, Zentrale Orte, S. 102 ff., ist die Verwaltungsgliederung nur eine Unterfrage im System der zentralen Orte.

[516] Vgl. Jochimsen/Treuner, Zentrale Orte, S. 103; Isbary, Zentrale Orte, S. 38, nennt 8 000 Einwohner; das Gutachten NW, Die Neugliederung der Gemeinden in den ländlichen Zonen, S. 27 verlangt für den Gemeindetyp A 8 000 Einwohner.

einer wachstumsgerechten Landesentwicklung zu erfüllen. Sie kann durch Verbesserung der gemeindlichen Struktur Standortbedingungen fördern z.B. durch Erschließung von Bau- oder Industrieland.[517] Es ist jedoch sehr fraglich, wie weit im Rahmen der Berufs- und Gewerbefreiheit zur Förderung eines Nahversorgungsbereichs die private Erfüllung von Daseinsfunktionen berührt werden darf. So führt das Modell der kommunalen Spitzenverbände[518] eine Reihe von Dienstleistungsgewerben, z.B. das Hotelgewerbe, Apotheken, Ärzte usw. an. In der Untersuchung von Jochimsen/Treuner[519] wird zur Förderung der institutionellen Infrastruktur zur Stärkung der zentralen Orte niederster Ordnung im ländlichen Raum neben der Verwaltungsreform und dem Ausbau des Bildungswesens auch die Förderung nicht staatlicher Institutionen genannt. So wird die staatliche Führung von Hotels und Spezialdienstleistungen erwogen. Bei diesen und weiteren Strukturförderungsmaßnahmen ist zu bedenken, daß einer Förderung in der Regel eine Diskriminierung gegenübersteht. Auch wenn man eventuelle strukturfördernde Aufgaben der Gemeinde berücksichtigt, so wird man zur Festlegung der Mindestgröße für eine Selbstverwaltungseinheit nur den Nahversorgungsbereich der

---

[517] Vgl. zu den Zielen der Landesentwicklung: Vorausetzungen und Bedingungen einer wachstumsgerechten Landesentwicklung, 1968, S. 11 ff., 16 ff.; auf die aktuelle Frage, ob auch die kleinere Gemeinde für Wirtschaftsförderung und eigene Industrieansiedlung zuständig sein soll, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Köttgen, Kommunale Wirtschaftsförderung, 1963. Es ist aber schon heute erkennbar, daß die Allzuständigkeit der politischen Gemeinden auf diesemGebiet durch die immer stärkere Steuerung der Landesentwicklung durch das Land in Zukunft Einbußen wird hinnehmen müssen.

[518] In: Zentrale Orte, 1965; vgl. Isbary, Zentrale Orte, S. 37.

[519] Zentrale Orte, S. 113 ff.

öffentlichen bzw. den Einzugsbereich der durch die öffentliche Verwaltung beeinflußbaren Erfüllung von Grunddaseinsfunktionen berücksichtigen dürfen[520].

dd) Die kommunale Verflechtung

In der Regel wird in einem bestehenden oder im Zuge der Landesentwicklung zu schaffenden Nahversorgungsbereich die Verwaltung nicht die Erfüllung aller Grunddaseinsfunktionen besorgen können. So lassen sich gerade in Ballungsrandzonen einseitig strukturierte Siedlungen nicht in verwaltungsmäßige Nahversorgungseinheiten fassen. Der besonderen Problemlage einer Einwohnergruppe mit auswärtiger Funktionserfüllung läßt sich dem Selbstverwaltungsgedanken entsprechend nur gerecht werden, wenn bei intensiver sozialer Verflechtung bestimmte herauslösbare Probleme (z.B. Verkehr) durch Zwangsverträge zwischen den Gemeinden reguliert werden, falls eine freiwillige Lösung nicht zustande kommt. Nur auf diese Weise kann mit einem dem gesellschaftlichen Verbund entsprechenden Verwaltungsverbund das Mitbestimmungsrecht aller betroffenen Einwohner berücksichtigt werden.

Es hat keinen Sinn, mehrere Gemeinden in einer Ballungsrandzone zusammenzuschließen, um dadurch eine einwohnerstarke Einheit zu erzielen, wenn dadurch nicht auch das Verflechtungsproblem gelöst wird.

Da eine wechselseitige Entsendung von parlamentarischen Vertretern in den Gemeinderat der benachbarten Gemeinde nicht durchführbar ist, muß sich die politische Vertretung

---

[520] Vgl. dazu die Liste der Einrichtungen im örtlichen Bereich der Versorung der Sachverständigenkommission NW, Die Neugliederung der Gemeinden in den ländlichen Zonen, S. 22.

der von einer auswärtigen Funktionserfüllung betroffenen örtlichen Gemeinschaft auf die Zusammenarbeit der Gemeindeverwaltungen beschränken. Ein Gesetz, das die Gemeinden bei Verflechtungsproblemen zu koordiniertem Handeln zwingt, ist notwendig und mit Art. 28 II GG durchaus vereinbar, da mit dem Selbstverwaltungsrecht auf lokaler Ebene eine Pflicht zur Koordination korrespondiert.

i) Zwischenergebnis

Der materielle Selbstverwaltungsgedanke ist auf diese Weise als ein Mitverwaltungsrecht einer örtlichen Gruppe aus besonderer Betroffenheit durch eine existentiell bedeutsame verwaltungsmäßig erfaßbare Problemlage legitimiert.

Diese funktionale Typisierung des Selbstverwaltungsgedankens ergibt, daß der materielle Selbstverwaltungsgedanke niemals in den verschiedenen verwaltungsmäßigen Anwendungsmöglichkeiten gleich ist, ja bei jeder zu untersuchenden Gemeinde eine andere materielle Ausgestaltung hat. Das Bestreben von Rechtsprechung und Lehre, einen allgemein gültigen definierbaren Selbstverwaltungsbegriff mit einem nicht überschreitbaren Wesensgehalt zu finden, ist methodisch aussichtslos. Der materielle Selbstverwaltungsgrundsatz kann nicht inhaltlich definiert, sondern nur durch die Methode seiner Ausfüllung umschrieben werden. Diese ist praktikabel und nachprüfbar.

So läßt sich z. B. die aktuelle Frage "Kann man einer Gemeinde die Wirtschaftsförderung untersagen? - gleichgültig zunächst, in welcher Form - dahingehend lösen, daß man untersucht, ob eine besondere Betroffenheit durch eine existentiell bedeutsame verwaltungsmäßig erfaßbare Problemlage der von dieser Gemeinde verwalteten

örtlichen Gemeinschaft vorliegt. Die Erhaltung und Sicherung der in der Gemeinde liegenden Arbeitsplätze gehört sicher zu den Grunddaseinsfunktionen, für die die Gemeindeverwaltung zuständig ist. Ein generelles Verbot der Wirtschaftsförderung würde diesen Zuständigkeitsbereich verletzen und wäre verfassungswidrig. Eine Wirtschaftsförderung, die nicht bestandserhaltend und -sichernd ist, die über ein durchschnittliches Wirtschaftswachstum hinaus strukturverändernd ist, regelt nicht mehr eine besondere für die örtliche Gemeinschaft existentiell bedeutsame Problemlage. Demgegenüber ist die Wirtschaftsförderung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in diesem Sinne als besondere Problemlage verwaltungsmäßig erfaßbar. Nur ein differenziertes, den Selbstverwaltungsbereich aussparendes Verbot wäre verfassungsmäßig.

Ebenso kann im Bereich der Planung nach der obigen Formel das Selbstverwaltungsrecht der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. So kann der Gemeinde die Planungsbefugnis für Flächenausweisungen, die den natürlich anwachsenden Wohnflächen, Grün-, Gewerbe-, Straßenflächenbedarf usw. decken, nicht entzogen werden, sofern es sich um die Verwaltung besonderer Problemlagen - bei einer kleineren Gemeinde den Grunddaseinsfunktionen, bei großen Gemeinden andere Funktionen - handelt.[521]

Eine verwaltungsmäßig und territorial differenzierbare, existentiell bedeutsame besondere Problemlage ist das Kriterium, das eine ländliche Siedlung vom Umfang eines Nahversorgungsbereichs ebenso wie eine Metropole als jeweils eine Selbstverwaltungseinheit legitimiert.

---

[521] Vgl. zur Wohnflächenausweisung Riechels, Eigenentwicklung, DVBl. 1968, S. 362 ff.

Nach ihr bemißt sich die interkommunale Koordinationspflicht als korrespondierende Verpflichtung der Gemeinde zum Selbstverwaltungsrecht.
Dies ist eine materielle Ausgestaltung des politischen Gedankens der Einordnung von Individuum und Gemeinschaft in den Staat.

2. Die Gewaltenteilung als Teil des Rechtsstaatsgedankens

a) Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung als Teil einer umfassenden Ordnungsidee

Staatspolitisches Ziel und damit Legitimation der Selbstverwaltung ist weiter die Gewaltenteilung.[522] Dabei muß man unter staatspolitischem Ziel, wie schon angeführt, die für die Staatsverwaltung durch die Verfassung artikulierte Zielsetzung verstehen. Es ist inzwischen wohl weitgehend anerkannt, daß zur Sicherung der staatsbürgerlichen Freiheit eine politische Gewaltenteilung erforderlich ist, um die politischen Kräfte und die Machtausübung innerhalb und außerhalb der Verwaltung in Balance und allseitiger Kontrolle zu halten. Die Bestandserhaltung des Staates in der von der Verfassung bestimmten Wertordnung von Individuum und Gemeinschaft verlangt als umfassende Ordnungsidee Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung.[523] Damit wird die klassische Gewaltenteilungslehre entdogmatisiert und auf ein Teilstück der "Gewaltenteilung" reduziert.
Neben der Staatsverwaltung bestehen im modernen Staat Machtträger wie die Parteien, Verbände der Sozialpartner, Wirtschaftsverbände, Kirchen usw., die eine Machtausübung erstreben und auf die Umwelt einwirken. Dies erfolgt einmal

[522] Lerche, Die Gemeinde in Staat und Gesellschaft, S. 14.

[523] Kägi, Von der klassischen Gewaltenteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, 1961, S. 151 ff., 163, 169.

auf direktem Wege und zum anderen über die Staatsverwaltung durch Einflußnahme auf die politische Willensbildung. Das Balancesystem des Pluralismus der oligarchischen Machtträger[524] ist ein System der Gewaltenteilung und Gewaltenverteilung, in dem die Staatsverwaltung der wichtigste unter vielen anderen Machtträgern ist.[525]

Die vertikale Gewaltenteilung durch Selbstverwaltung der untersten Verwaltungsstufe ist nur ein Aspekt der umfassenden Ordnungsidee unseres Staates.

b) Die Selbstverwaltung als funktionelle Verwirklichung dieser Ordnungsidee

aa) Die Staatsverwaltung als Handlungssystem ist in ihrer Autoritätsstruktur vielfältig durchbrochen. Die kommunale Selbstverwaltung stellt bezüglich der weisungsfreien Aufgaben einen Einschnitt in der hierarchischen Struktur dar. Sie ist ein mit der hierarchischen Staatsverwaltung verschachteltes Untersystem, das als bedeutende Besonderheit eine eigene Systemgrenze zur Politik hat. Das dieser Überlegung zugrunde liegende Input/Output-Modell ist das Ergebnis einer Verschmelzung von Informationstheorie und Systemtheorie.[526] Entscheidungsprämissen zur Lösung von typisch örtlicher Umwelt-

---

[524] Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 253 ff., 265.

[525] Damit ist nicht die Frage der Unterscheidung von der Gewalt des Staates und den anderen Arten von Gruppengewalten angesprochen, die von der modernen Staatslehre gemacht wird; so Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 820 ff. Dieser spricht jedoch selbst von der Auflösung der hoheitlichen Gewalt, falls eine / Landesverfassung eine ursprüngliche Gemeindegewalt deklariert. Er übersieht, daß die rein gedankliche Vorstellung einer Staatsgewalt erst durch die umfassende Ziel- und Ordnungsidee der Verfassung artikuliert wird. Dazu kritisch Hans Meyer, Die Finanzverfassung der Gemeinden, S. 58.

komplexität werden nicht von den großen Zentren politischer Willensbildung, den Parlamenten, den Ministerien, den Parteizentralen geliefert, sondern von den Gemeinderäten und örtlichen (partei-) politischen Gruppen. Die im Rahmen des Art. 28 II GG überschreitbare Systemgrenze der Gemeindepolitik zur Gemeindeverwaltung macht das Wesen der vertikalen Gewaltentrennung aus.[527] Dies ist jedoch nur die technische Seite.

bb) Das Problem der staatlichen Machtausübung

Gerade bei der Begrenzung der staatlichen Machtausübung kommt man mit dem oben zu Rate gezogenen Modell eines sozialen Handlungssystems in Schwierigkeiten, weil mit der formalen Definition von Strukturen, Funktionen, Verhaltensweisen, Rollen, Entscheidungsprozessen nichts über die ethischen Qualitäten des Handelns, über Herrschaftsverhältnisse und politische Werte gesagt werden kann.[528] Das Prinzip der Gewaltenteilung läßt sich zwar als Prinzip der internen Differenzierung des Staatsverwaltungssystems darstellen,[529] es ist jedoch fraglich, ob sich der Herrschaftsstatus

---

[526] Vgl. insbesondere Luhmann, Zweck-Herrschaft-System, S. 129 ff., 149 und Luhmann, Grundrechte, S. 136 ff. und 174.

[527] Eigene Rechtsträgerschaft mit eigenen Organen, eigene öffentliche Aufgaben, eigenes Vermögen und institutionelle verfassungsrechtliche Sicherung, so beschreibt demgegenüber Hans Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954, S. 26, die Aufteilung der Staatsmacht.

[528] Ronneberger, Verfassungswirklichkeit als politisches System, in: Der Staat, 1968, S. 409 ff., 410.

[529] So auch Luhmann, Theorie, S. 74.

wirklich im formalisierten System in einen Vermittlungsstatus verwandelt[530], da der Machtausübung eine Eigengesetzlichkeit innewohnt, die auf Machtvergrößerung zielt. Zwar bietet die Organisationstheorie in überzeugender Weise für das Zweck- und Befehlsmodell Max Webers[531] eine Alternative mit dem Systemmodell.[532] Damit wird eine neue Rationalität des Handelns auf der Ebene des Systems formuliert, nicht jedoch die Frage einer die gesamtstaatliche Ordnungsidee verletzende Einflußnahme auf dieses Verwaltungssystem behandelt.

cc) Die Sicherung der bürgerlichen Freiheit

Die Staatsverwaltung ist zwar auch auf Grund ihres eigenen Machtstrebens, aber mehr noch wegen der Gefahr einer Einflußnahme durch besondere Gruppeninteressen, besonders anfällig für Machtballungen. Durch die Einrichtung der Selbstverwaltungsstruktur ist es möglich, Einschnitte in die hierarchische Autoritätsstruktur der Staatsverwaltung vorzunehmen und auf diese Weise die Ausstrahlung der politischen Machtzentren im Staat zu begrenzen. Durch die Selbstverwaltung wird die Staatsgewalt in kontrollierter Gewaltentrennung und -verteilung auf verschiedene Verwaltungsträger verteilt.

Der Bürger kann in der Freiheitssphäre der ausbalancierten Gewalten sein Dasein gestalten. Die Sicherung der Freiheitssphäre ist ein wesentliches Ziel unserer Staatsordnung. Die Teilung staatlicher Macht durch ein System normierter Kompetenzen gehört deshalb

---

[530] Kritisch Renate Mayntz, Theorie der Organisation, S. 221.

[531] Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 122 ff.

[532] Luhmann, Zweck-Herrschaft-System, a.a.O.

zum Organisationsprinzip des Rechtsstaates.[533]

dd) Die Sicherung der demokratischen Einwirkungsmöglichkeit

Wenn nach der demokratischen Verfassungsform die Gesamtheit des Staatsvolkes Träger der Staatsgewalt ist[534], dann besteht der gewaltenteilende Sinn der Selbstverwaltung darin, daß dem Volk für seinen politischen Willen nicht nur eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Staatsverwaltung gesichert wird, nämlich über das Parlament, sondern viele Wege über die örtlichen Gemeinderäte. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Haupteinwirkungsmöglichkeit versagt.

Damit ist die kommunale Selbstverwaltung durch ihre gewaltenteilende Funktion eine Sicherung der spezifischen gerade bestehenden demokratischen Staatsform. Das rechtsstaatliche Prinzip der vertikalen Gewaltenteilung läßt sich mit dem politischen Prinzip des demokratischen Gedankens nur insoweit in Verbindung bringen, als die Gewaltenteilung eine Durchsetzung des demokratischen Gedankens auf mehreren Stufen der Verwaltung ermöglicht.[535] Die Eröffnung einer weiteren politischen Einwirkungsmöglichkeit für das Volk kann nur die Selbstverwaltungsstruktur bringen. Sie kann daher nicht durch andere Machtträger im Staat, etwa die freien Verbände des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens ersetzt werden.[536]

---

[533] Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 125 ff., S. 126, der allerdings die klassische Gewaltenteilung meint.

[534] G. u. E. Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. S. 161.

[535] Salzwedel, Staatsaufsicht in der Verwaltung, S. 232, spricht etwas mißverständlich von der Gewaltenteilung als einem heute maßgeblichen Strukturprinzip der Demokratie.

[536] So aber Lerche, Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft, S. 15; vgl. demgegenüber auch die §§ 10, 93 I BSHG.

c) Zwischenergebnis

Während unter Integration die politische Einordnung von Individuum und Gemeinschaft in den Staat zu verstehen ist, ist die Gewaltenteilung durch die Selbstverwaltung eine Form der Verwirklichung und Sicherung dieser Wertung im Rechtsstaat.[537]

Die Gewaltenteilung durch die Selbstverwaltung dient der Sicherung der bürgerlichen Freiheit und der demokratischen Einwirkungsmöglichkeit des Volkes auf die Verwaltung. Sie ist funktionale Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung.[538]

Diese Legitimation der Selbstverwaltung verlangt große verwaltungsstarke Gemeinden, die im Bereich der örtlichen Aufgaben unabhängige Entscheidungszentren darstellen und mit unabhängiger (ermächtigungsfreier) Satzungsgewalt[539] ausgestattet sind. Romantische Kleinverwaltungen gefährden die auf dem Gleichgewicht der Kräfte aufgebaute umfassende Ordnungsidee unseres Staates, da sie der Staatsverwaltung kein echter Gegenspieler sein können. Die Gewaltenteilung erfordert daher eine gemeindliche Größenordnung, die weit über 10 000 Einwohner hinausgeht. Aus diesem Gedanken heraus ist das Subsidiaritätsprinzip scharf abzulehnen.[540]

---

[537] Vgl. F. J. Stahl, Staats- und Rechtslehre II, S. 137, zum Rechtsstaat: "Er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.", zit. nach C. Schmitt, Verfassungslehre, a.a.O.

[538] Damit wird auch hier von einer grundrechtlich orientierten Gemeindefreiheit abgewichen; vgl. Hans Meyer, Die Finanzverfassung der Gemeinden, S. 54 Fußnote 175.

[539] Vgl. Hans Meyer, Die Finanzverfassung, a.a.O.

[540] Die Aufteilung der englischen Polizeiverwaltung auf staatliche und lokale Behörden zeigt, daß eine solche Machtverteilung sinnvoll und praktikabel ist. Vgl. Poul Meyer, Die Verwaltungsorganisation, S. 76, 225.

Schlußbetrachtung

Im Laufe der Untersuchung stellte sich heraus, daß eine Abgrenzung der gemeindlichen Zuständigkeiten nur erfolgen kann, wenn zunächst der rechtsstaatliche, sozialstaatliche, entscheidungstechnische Spielraum einer Selbstverwaltungsstruktur festgelegt wird.
Weiter ist es unumgänglich, den materiellen Selbstverwaltungsgrundsatz zu bestimmen.
Der Strukturtypus Selbstverwaltung kann nur beschrieben werden durch eine funktionelle System/Umwelt-Betrachtung, wobei im Rahmen der Überlegungen nur auf die politische und rechtsstaatliche, nicht jedoch auf die ökonomische Legitimation der Selbstverwaltung eingegangen werden konnte. (Diese hätte auch nur eine beschränkte Bedeutung.)
Die nicht vermeidbare Juridifizierung und die verfassungswidrige Dotationsaufsicht bringen die Selbstverwaltung in starke Bedrängnis. Die gesellschaftliche Entwicklung hat durch die funktionale Verflechtung aller Lebensverhältnisse den einheitlichen Lebensraum der Gemeinde unwiderruflich gesprengt. Die überkommene deutsche Selbstverwaltungsstruktur ist für die Lösung der neuen Umweltprobleme nur bedingt brauchbar. Gegenüber dieser Schwächung der Selbstverwaltung hat die Wertschätzung des Einzelnen und der Gruppe in ihrer sozialen Einordnung in den Staat mehr und mehr gewonnen. Die Selbstverwaltung gewährt und sichert eine Differenzierung der Lebensverhältnisse, bei welcher der örtlichen Gemeinschaft nur beschränkte Verhaltenslasten auferlegt, das soziale Mitbestimmungsrecht berücksichtigt und eine völlige Nivellierung der Lebensverhältnisse vermieden werden. Durch die Wahl der Selbstverwaltungsstruktur bestimmt das staatliche Zielsystem den Grad der gesellschaftlichen Differenzierung.

Größten Schaden kann durch seine vereinfachende Betrachtung das Subsidiaritätsprinzip anrichten.

Gerade große kommunale Verwaltungseinheiten können die individuelle Entfaltung der örtlichen Gruppe sichern. Es ist daher notwendig, daß den Gemeinden nicht nur der Vollzug der örtlichen Aufgaben, sondern auch die Gestaltung, also auch die Setzung der Konditionalprogramme durch Satzungen usw. zusteht. Darüberhinaus muß für eine weisungsfreie Finanzierung gesorgt werden. Die Schaffung einer Gemeindekammer im Bundesrat wäre demgegenüber mit dem Selbstverwaltungsgedanken nicht zu vereinbaren, da das Wesen der Selbstverwaltungsstruktur gerade in der besonderen Systemgrenze zur örtlichen politischen Willensbildung liegt.

Eine teilweise Wiederherstellung der gemeindlichen Allzuständigkeit wäre schon dann erreichbar, wenn Gesetzgeber und Rechtsprechung, ebenso wie bei den Grundrechten, auch die Bedeutung einer Verwaltungsstruktur für den Einwohner erkennen würden.

L e b e n s l a u f

Am 21. Dezember 1941 wurde ich als Sohn des damaligen Legationsrates im Auswärtigen Amt Dr. jur. Ernst Kühn und seiner Ehefrau Renate, geb. von Oertzen in Zagreb, Jugoslawien, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte die Volksschule in Hannover und die Höhere Schule in Essen und Bad Godesberg. Am 15. Februar 1962 legte ich am mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium Pädagogium Godesberg Otto Kühne-Schule die Reifeprüfung ab.

Vom 1. April 1962 bis zum 31. März 1964 absolvierte ich eine Banklehre bei der Westfalenbank AG in Bochum mit dem Abschluß der Kaufmannsgehilfenprüfung.

Ab SS 1964 bis zum SS 1967 studierte ich an der Universität München und legte nach sieben Semestern am 1.2.1968 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. März 1968 befinde ich mich im Referendardienst.

19. Februar 1971